Tur. opp.

4,5 t

Pfeiffer

Vermischte Aufsätze

über Gegenstände

des

Teutschen und Römischen

Privatrechts.

Von

B. W. Pfeiffer

Doctor der Rechte.

Marburg,

in der akademischen Buchhandlung,

1803.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Wenn ich diese unbedeutenderen Aufsätze der öffentlichen Beurtheilung vorzulegen mich entschlossen habe, so war meine Absicht dabey hauptsächlich nur die, zu erfahren, welches Urtheil ich mir wohl für die künftige Bearbeitung rechtlicher Gegenstände von gröserem Umfange zu versprechen haben werde.

Blos als Versuch und als erster Versuch darf daher wohl diese Schrift auf billige Nachsicht einigen Anspruch machen, zumal ich nur einzelne Stunden, die mir von meinen Dienstgeschäfften übrig blieben, zu deren specielleren Ausarbeitung verwenden konnte.

Nur eine nachsichtsvolle, nicht gerade eine günstige Beurtheilung ist es daher, worauf ich rechne; auch dürfte mir die letztere, soviel den Inhalt selbst betrifft, wohl um so weniger zu Theil werden, als dieser beinahe durchgehends von den bisher angenommenen Meinungen sehr auffallend abweicht. Meine deshalbigen Wünsche beschränken sich darum auch allein auf eine Billi-

gung

gung der Form durch das Zeugniß: daß, was ich geschrieben, wenigstens nicht von Andern entlehnt oder ihnen nachgebetet, sondern durch eigenes Nachdenken gebildet —, demungeachtet aber doch nicht von der Art sey, um als willkührliche Neuerung ohne consequente Begründung, nur mit juristischen Gemeinsprüchen abgefertigt werden zu können.

Im übrigen habe ich nichts weiter zu bemerken, als daß ich bey denen bald im Nominativ beibehaltnen, bald nach dem damit in Verbindung stehenden Vor- oder Zeitworte abgeänderten Endungen der vorkommenden lateinischen Worte, (wie auch schon Mehrere vor mir) lediglich den Regeln des Wohllauts gefolgt bin.

Schließlich bitte ich indessen noch, die am Ende angezeigten Druckfehler, welche wegen meiner Abwesenheit vom Druckorte leider! in sehr großer Anzahl eingeschlichen sind, vor dem Lesen zu verbessern, da mehrere derselben den ganzen Sinn verstellen.

Cassel am 18ten Decemb. 1802.

der Verfasser.

Allgemeine Uebersicht des Inhalts.

Erster Aufsatz:

Einige besondere Bemerkungen über Stammgüter des niederen Adels. S. 1.

A.) Vorbereitende Grundsätze:

a.) Erklärung des Ausdrucks Familie: §. 1.

b.) Begriff eines Stammguts: §. 2.

c.) Constitution von Stammgütern: §. 3.

d.) Rechte an einem errichteten Stammgut: §. 4.

e.) Succession in Stammgüter: §. 5.

B.) Auflösnng einiger besonderen Fragen in Absicht auf Stammgüter:

I.) Von der Wirkung einer, von einem Descendenten des ersten Stifters geschehenen Renunciation auf das Stammgut:

A.) Zum Vortheil eines andern Familien Gliedes: §. 7.

B.) Durch Uebertragung an einen Extraneum:

a.) Rechte der entfernteren Agnaten: §. 8.

b.) der Descendenten des Renunciiren-

den, welche

α.) zur

α.) zur Zeit der Renunciation schon lebten: §. 9.

β.) in sofern von noch nicht gebornen Descendenten die Rede ist: §. 10.

c.) in Hinsicht auf den Renuncianten selbst: §. 11.

II.) Von der Aufhebung der Stammgutsqualität mit Einwilligung aller lebenden Interessenten:

a.) Ausführung der richtigen Meinung: §. 12.

b.) Beurtheilung einiger andern:

1.) nach gemeinem Recht: §. 13.

2.) mit Rücksicht auf hessisches Recht: §. 14.

III.) Wer gelangt nach gänzlichem Abgang aller männlichen Agnaten zur Succession:

a.) im allgemeinen:

1.) Festsetzung des hier entscheidenden Princips: §. 15.

2.) Widerlegung einer gegentheiligen, vorzüglich von Pütter vertheidigten Meinung, welche

α.) zwar in gewissen Ausnahmsfällen gegründet ist, und zwar namentlich:

a.) wenn cognatische Succession bey der Stiftung festgesetzt worden: §. 16.

b.) bey

b.) bey Stammgütern, mit welchen Landeshoheit verbunden ist: §. 17.

β.) jedoch als Regel durchaus nicht gelten kann: §. 18.

b.) insonderheit:

α.) mit Hinsicht auf ein den vorhin ausgeschlossenen Cognaten angeblich zustehendes Regredienterbrecht: §. 19.

β.) bey Vergleichung der Stammgüter mit den ihnen verwandten Weiberlehen: §. 20.

γ.) vom ultimo suae gentis:

1.) überhaupt: §. 21.

2.) insonderheit mit Rücksicht auf die denselben überlebenden weiblichen Agnaten: §. 22.

Zweiter Aufsatz:

Ein Pfandgläubiger muß auch den durch das geringste Versehen dem Pfande zugefügten Schaden ersetzen. S. 89.

A.) Darstellung der bisherigen Lage der Sache: §. 1.

B.) Ausführung der richtigeren Meinung:

a.) bewiesen durch entscheidende Gesetze:

α.) der Pandecten: §. 2.

β.) der Institutionen: §. 3.

γ.) des Codex: §. 4.

b.) gerechtfertigt durch Angabe der Gründe, worauf jene Gesetze beruhen: §. 5.

c.) be-

c.) bestätigt durch Widerlegung der widersprechend scheinenden Stellen, namentlich:

α.) der l. 5. §. 2. D. commodati: §. 6.

β.) der l. 14. D. de pignor. actione: §. 7.

Dritter Aufsatz:

Allgemeine Regeln zur Bestimmung des oneris prcbandi und deren Anwendung auf einige besondere Fälle. S. 111.

A.) Entwickelung der Grundsätze, wornach sich diese Bestimmung richtet:

I.) Vorerinnerungen: §. 1.

II.) Vom themate probandi im allgemeinen: §. 2.

III.) Bestimmung des oneris probandi: §. 3.

IV.) Insbesondre vom qualificirten Eingeständniß: §. 4.

V.) Von dilatorischen Einreden: §. 5.

VI.) Von Präsumtionen: §. 6.

B.) Anwendung der obigen Grundsätze auf besonders schwierige Fälle:

I.) Von der *exceptione non numeratae pecuniae*:

A.) Vorerinnerungen über deren Begriff und bekannteste Eigenheiten: §. 7.

B.) Vom Gebrauch derselben:

a.) im Allgemeinen: §. 8.

b.) insbesondere:

1.) von

1.) von der exceptio N. N. P. als Einrede betrachtet.

α.) Einleitung: §. 9.

β.) Genauere Auseinandersetzung deren eigentlicher Beschaffenheit:

aa.) in Ansehung der Beweisführung:

αα.) Erklärung der hierbey eintretenden Singularitäten:

a.) in Betreff des oneris probandi: §. 10.

b.) in Ansehung der Beweismittel: §. 11.

ββ.) Rechtfertigung des gesetzlichen Sprachgebrauchs: §. 12.

bb.) von den Rechtsgeschäfften, wobey die exceptio N. N. P. statt findet:

αα.) Ausführung der richtigeren Meinung: §. 13.

ββ.) Beurtheilung einer andern, damit nicht übereinstimmenden: §. 14.

2.) Von der except. N. N. P. in Form einer Replick: §. 15.

3.) Von der except. N. N. P. als Klage vorgebracht: §. 16.

C.) Von der Dauer der except. N. N. P., und dem darauf gegründeten Literalcontract:

1.) Darstellung der wahren Beschaffenheit desselben: §. 17.

2.) Recht-

2.) Rechtfertigung obiger Darstellung: §. 18.
3.) Widerlegung einiger hiergegen formirten Einwürfe: §. 19.
4.) Noch einige Bemerkungen über den heutigen Gebrauch dieser Lehre:
a.) im Allgemeinen: §. 20.
b.) insbesondre vom hessischen Gerichts-Gebrauch: §. 21.

II.) Von der exceptione prostibuli: §. 23.

III.) Von der exceptione nondum impleti contractus. §. 24.

IV.) Von der exceptione doli: §. 25.

V.) Von der actione negatoria:
a.) Einleitung: §. 26.
b.) Bestimmung des Fundaments der negatorischen Klage:
α.) durch Widerlegung der bisher fälschlich angenommenen Gründe: §. 27.
β.) durch Vergleichung mit den Theilungs-Klagen: §. 28.
c.) Angabe des Verhältnisses derselben zu obigem allgemeinen Beweisgrundsatze:
α.) überhaupt: §. 29.
β.) insbesondre, im Fall sich der Beklagte im Besitz befindet:
1.) Entscheidung dieses Falles: §. 30.
2.) Widerlegung der gegentheiligen Meinung: §. 31.

Vier-

Vierter Aufsatz:

Teutsche Banngerechtigkeiten sind keine *servitutes in faciendo consistentes.* S. 223.

Fünfter Aufsatz:

Was ist Interesse, und in wie fern kann eine wegen besonderer von einem Geschäfft abhängenden Vortheile erhaltene Warnung die Verbindlichkeit zum Ersatz des ganzen Interesses bewürken? S. 227.

I.) Bestimmung des Ausdrucks Interesse und dessen nähere Erläuterung:

A.) Allgemeine Grundsätze: §. 1.

B.) deren Anwendung auf einzelne Rechtsgeschäffte:

a.) erlaubte Geschäffte:

1.) Verträge; §. 2.

2.) einseitige erlaubte Rechtsgeschäffte, namentlich die negotiorum gestio: §. 3.

b.) unerlaubte Handlungen: §. 4.

C.) Remissiv von einigen besonderen Gattungen des Interesses: §. 5.

II.) Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage:

a.) Angabe und Erklärung einer hierüber entscheidenden Stelle des Preussischen Landrechts: §. 6.

b.) Be-

b.) Begründung derselben als gemeinrechtlicher Norm: §. 7.

c.) deren Anwendung:

α.) auf Verträge: §. 8.

β.) auf einseitige Rechtsgeschäffte, insonderheit die negotiorum gestio: §. 9.

Sechster Aufsatz:

In wie fern würkt die *legitimatio plena per rescriptum principis* ein Successionsrecht, im Fall schon eheliche Kinder da sind. S. 246.

A.) Können teutsche Fürsten in einem solchen Falle ad effectum succesionis legitimiren: §. 1.

B.) Welche Wirkungen hat eine solche Legitimation in Beziehung auf die ehelichen Kinder:

I.) Bestimmung der eigentlichen Streitfrage: §. 2.

II.) Beurtheilung verschiedener bisher gangbaren Meinungen, wovon

a.) einige über die Successionsfähigkeit im Ganzen entscheiden, und zwar entweder

α.) negativ: §. 3.

β.) oder affirmativ: §. 4.

b.) Andre hingegen einige Einschränkung wegen des Pflichttheils der ehelich Gebornen verlangen: §. 5.

III.) Rich-

III.) Richtige Meinung:

1.) theilsch dargestellt: §. 6.

2.) in ihrem Gebrauch bey vorkommenden Fällen:

a.) blos mit Rücksicht auf die ehelichen Kinder: §. 7.

b.) in Ansehung der Legitimirten: §. 8.

Siebenter Aufsatz:

Ueber den wesentlichen Unterschied der adquisitiven und extinctiven Verjährung, desgleichen der letzteren und des Verlusts der Rechte durch Nicht Gebrauch. S. 272.

A.) Einleitung: §. 1.

B.) Begriff und allgemeine Unterscheidungszeichen:

a.) der beiden Gattungen von Verjährung:

α.) allgemeine Bemerkungen darüber: §. 2.

β.) jede einzeln betrachtet: §. 3.

b.) vom Verlust der Rechte durch Nicht Gebrauch:

1.) Begriff desselben und Vergleichung mit der extinctiven Verjährung im allgemeinen:

α.) für sich betrachtet: §. 4.

β.) daher genommene Entscheidung eines besonderen Falles: §. 5.

2.) Bestimmung der demselben unterworfenen Gegenstände: §. 6.

C.) Ein-

C.) Einzelne Verschiedenheiten derselben:

I.) Mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit der bona fides:

a.) bey der Verjährung: §. 7.

b.) beim Verlust der Rechte durch Nicht-Gebrauch:

α.) Widerlegung einer unrichtigen Meinung, gegründet auf das Erforderniß der usucapio libertatis: §. 8.

β.) Beweis, daß hierbei gegen die extinctive Verjährung allerdings eine Verschiedenheit eintrete:

II.) In Ansehung ihrer Entstehungszeit:

a.) überhaupt: §. 10.

b.) mit Rücksicht auf die extinctive Verjährung, wo der Verbundne in mala fide war: §. 11.

III.) In Ansehung des durch die Concurrenz derselben bey einem und dem nehmlichen Falle eintretenden Verhältnisses:

a.) überhaupt: §. 12.

b.) insonderheit:

α.) Concurrenz beider Gattungen der Verjährung:

1.) nach

1.) nach Grundsätzen beurtheilt: §. 13.

2.) auf Beispiele angewendet: §. 14.

β.) Concurrenz der adquisitiven Verjährung und des Nicht Gebrauchs:

1.) allgemeine Bemerkungen darüber: §. 15.

2.) deren Anwendung im Einzelnen: §. 16.

γ.) Concurrenz des Nicht Gebrauchs und der extinctiven Verjährung; §. 17.

δ.) Concurrenz der adquisitiven und extinctiven Verjährung und zugleich auch des non usus: §. 18.

D.) Schlußbemerkung: §. 19.

Achter Aufsatz:

Etwas über die Nothwendigkeit der *bona fides* bey Verjährung der Klagen. S. 342.

I.) Nach Römischen Recht ist bona fides durchaus nicht erforderlich: §. 1.

II.) Wohl aber nach dem canonischen Recht:

a.) Einleitung: §. 2.

b.) Widerlegung einer unrichtigen Meinung: §. 3.

c.) Aus-

c.) Auseinandersetzung des wahren Inhalts der canonischen Verfügung, nach welchem

α.) zwar bona fides allgemein erfordert wird: §. 4.

β.) jedoch nicht als wesentliches Erforderniß der extinctiven Verjährung: §. 5.

γ.) und auch nur bey dem letzten Beklagten: §. 6.

Anhang, einen literarischen Diebstahl betreffend; Hierin der Beweis, daß Nettelbladt's Abhandlung von Prälegaten nichts anders, als eine unrechtmäsige, unachtsame und unzweckmäsige Uebersetzung sey. S. 373.

Be-

Einige besondere

Bemerkungen über Stammgüter

des niederen Adels.

Erster Abschnitt.

Vorbereitende Grundsätze.

§. 1.

Erklärung des Ausdrucks: Familie.

Vor allen Dingen kommt es bey der Lehre von den Stammgütern auf einen richtigen Begriff derselben an, der durch eine genaue Bestimmung des Ausdrucks: Familie, vorzubereiten ist.

Man kann das Wort: Familie in einem weiteren Sinne nehmen, und versteht darunter alle Nachkommen eines gewissen Stammvaters; allein in einer engeren und eigentlicheren Bedeutung begreifft der Ausdruck nur diejenigen Nachkommen eines Stammvaters, welche den Familien Nahmen führen und weiter transferiren können, die also im eigentlichsten Verstande die Familie

fortsetzen. Hierzu gehören denn blos männliche Nachkommen, die durch männliche Ascendenten vom gemeinen Stammvater abstammen; und diese nennt man Agnaten im engsten Sinne des Worts. Weiber sind demnach nicht als Mitglieder der Familie anzusehen, mögen sie nun sich verheirathen, und dadurch ihres Familien Nahmens verlustig werden, oder unverheirathet sterben, wo sie dann zwar selbst den Familien Nahmen behielten, allein deswegen hier ausgeschlossen sind, weil sie denselben nicht fortpflanzen können. Eben so gehören alle Cognaten, sowohl männliche, als weibliche, nicht zur Familie, denn da sie durch Weiber vom communi stipite descendiren, so führen sie den Familien Nahmen nicht mehr.

§. 2.

Begriff eines Stammguts.

Dies vorausgeschickt, läßt sich nun der Begriff von Familiengütern deutlich machen. Nimmt man das Wort: Familie, in jenem weiteren Sinne, so versteht man darunter solche Güter, welche bey den Nachkommen (allen oder gewissen) des ersten Erwerbers bleiben sollen, ohne einige Rücksicht darauf zu nehmen, ob dies Agnaten oder Cognaten, Männer oder Weiber sind; und der modus succedendi hängt dabey ganz von den besondern bey deren Constitution gemachten Bestimmungen ab, in deren Ermangelung die Römische Intestaterbfolge eintrit, weil diese gemeines Recht macht, und mit dem Wesen solcher Güter nicht in Widerspruch steht. — Diese Gattung von Familien Gütern war schon den Römern bekannt, wie dies häufige Beispiele in den Römischen Gesetzen-

seßen lehren a). Solche Güter sind im vollen Eigenthum des Besitzers, der nur in dessen Ausübung etwas eingeschränkt ist; es hat darüber freie Testamentifaction statt, wenn nur einer aus der Familie eingesetzt wird.

Ganz anders verhält es sich aber mit den Familien Gütern im engeren Sinn, wobei der Ausdruck: Familie für den Inbegriff der männlichen Agnaten genommen wird (§. 1.). Sie werden insbesondre auch Stammgüter, bona stemmatica seu avita genannt, und sie sind es, von denen allein ich eigentlich hier rede. Man versteht aber darunter solche Güter, die von dem Eigenthümer seinen Nachkommen dergestalten hinterlassen sind, daß sie zur Conservation des Familienansehns stets in den Händen eines Familiengliedes seyn und bleiben, dem jedesmaligen Besitzer jedoch alle Disposition über deren Substanz genommen seyn soll.

§. 3.

Constitution von Stammgütern.

Die Errichtung eines Stammguts kann, wie jede Stiftung von Rechten und Verbindlichkeiten, auf zwiefache Art geschehen, durch ausdrückliche Bestimmung und stillschweigend durch Facta, die eine solche Bestimmung voraussetzen. Soll durch ausdrückliche Bestimmung Stammgutsqualität eingeführt werden, so wird dazu, es mag durch Vertrag oder einseitige Verfügung geschehen, noth-

a) Beispiele hievon findet man in l. 114. § 15. de legat. I. l. 32. § f. l. 67. l. 69. § 3. de legatis II. l. 28. pr. de legat. III.

wendig zweyerley erfordert: 1.) Daß der oder die disponirende Personen völlig freie und uneingeschränkte Eigenthümer seyen, indem eine solche Disposition einestheils als Alienation anzusehen ist, da das Gut von der der Vererbung unterworfenen Vermögensmasse des bisherigen Besitzers gänzlich ausgeschieden, anderntheils aber auf undenkliche Zeiten der freien Disposition der künftigen Besitzer gänzlich entzogen wird, wozu jedoch nur der, welchem selbst ein uneingeschränktes Dispositionsrecht zusteht, berechtigt seyn kann. — Dann aber wird: 2.) erfordert, daß das übrige Allodialvermögen des Disponenten noch so viel betrage, daß denen Personen, welchen er einen Pflichttheil schuldig ist, dieser unvermindert verbleibe. Und dies gilt sowohl von männlichen Verwandten, als von weiblichen, denn wenn auch jenen nicht in eben der Maaße, wie diesen, aller Antheil an den Stammgütern entzogen wird, vielmehr dieselben ein ausschliessendes Recht daran erlangen, so ist doch dies Recht mehr eingeschränkt, als dies der Pflichttheil verträgt, da es sogar, wie ich unten zeigen werde, nicht einmal ein Eigenthum ist.

Was nun ferner noch die stillschweigende Errichtung eines Stammguts betrifft, so ist zu derselben nichts weiter erforderlich, als daß ein gewisses Gut eine geraume Zeit hindurch stets mit Ausschluß aller Weiber und Cognaten, die jedoch darum wußten und schwiegen, vererbt, auch dessen Alienation ausser der Familie bey vorkommender Gelegenheit als unerlaubt betrachtet worden sey. Aus solchen Thatsachen läßt sich eine vorhergegangene Disposition höchstwahrscheinlich vermuthen, oder es würde doch, auch ohne diese, die per facta concludentia erklärte Einwilligung der Interessenten jetzt wenigstens einen hin-

läng-

länglichen Grund zur Annahme der Stammgutsqualität abgeben.

§. 4.

Rechte an einem errichteten Stammgut.

Aus dem Begriff und der Art der Constitution eines Stammguts lassen sich nun die Rechte der zum Besitz desselben gelangenden Personen leicht ableiten. Sehr viel kommt auf die Beantwortung der Frage an: welche Rechte diesen Personen zukommen, und eine genaue Bestimmung derselben würde so manchem Rechtsstreit über Stammgüter, dergleichen besonders in neueren Zeiten so häufig sind, seine Erledigung geben. Vor allen Dingen glaube ich der irrigen Meinung begegnen zu müssen, als ob denen auf das Stammgut berechtigten, und resp. dasselbe besitzenden Personen Eigenthumsgerechtsame an demselben competiren; dies leugne ich ganz. Freilich scheint es etwas paradox, diesemnach behaupten zu wollen, daß ein solches Gut gar keinen Eigenthümer habe, welches aus obigem Satze gefolgert werden könnte; allein dies läßt sich wirklich annehmen, indem es ja m[illegible]r Beispiele giebt, die wenigstens durch ihre Aehnlichkeit mit diesem Falle dessen Möglichkeit ausser Zweifel setzen. Man nehme z. B. an: es vermacht jemand einem andern den Nießbrauch einer gewissen Sache auf Lebenslang, das Eigenthum derselben aber auf dessen Todesfall einem dritten. Wer ist nun bei des usufructuarii Leben Eigenthümer der Sache? — Offenbar Niemand, dieser Letztere nicht, denn ihm sind ja seine bestimmten Gerechtsame angewiesen, unter denen eine Dispositionsbefugniß, das Kennzeichen des Eigenthums, nicht ist; eben so wenig aber auch der

künf-

künftig Berechtigte, denn diesem steht, wenn er anders überhaupt schon existirt, nur ein ius futurum zu, das er zwar quovis modo zu conserviren, keineswegs aber jetzt schon auch nur dessen kleinsten Bestandtheil auszuüben befugt ist. b.) — Was wird es denn also für ein andres Recht seyn, welches den auf das Stammgut berechtigten Personen zukommt, wenn es sein Eigenthum nicht ist? — Der erste Stifter wollte damit, solange noch sein Nahme in einem seiner Nachkommen fortlebte, diesem durch das Gut mehr Glanz, mehr äusseres Ansehn verschaffen, kein andrer vernünftiger Zweck läßt sich der Errichtung eines Stammguts unterlegen. Solange es also noch nicht gewiß ist, daß der jetzige Besitzer der letzte seyn werde, der den Familien Nahmen führt, solange darf er das Gut nicht als blos für ihn bestimmt, als sein Eigenthum ansehn; solange er lebt, kann und darf er dasselbe benutzen, denn es bringt ja die Absicht des Stifters dieß mit sich, daß das Gut zu seinem Glanze gereiche, allein er muß immer denken, daß noch andre vorhanden oder zu erwarten sind, für die nach seinem Tode durch dies Gut der nehmliche Zweck erreicht werden soll. Was aber folgt hieraus anders, als daß dem jedesmaligen Besitzer an dem Stammgute nichts weiter, als der Besitz und Genuß,

und

---

b.) Ein andres eben so passendes Beispiel würde das seyn, wo im Fall der Verjährung der wahre Eigenthümer sein Recht an einer Sache verloren, demungeachtet aber der gegenwärtige Besitzer wegen irgend eines mangelnden Erfordernisses das Eigenthum derselben noch nicht hat erwerben können. — Doch dies bedarf einer näheren Erläuterung und ich verweise daher hier nur auf den 14ten § der 7ten Abhandlung.

und den nicht besitzenden Agnaten nur ein Recht auf eben diesen Besitz und einen gleichen Genuß, aber eben wegen dieser eventuellen Befugniß, keinem von allen wirkliches Eigenthum zustehe; wie sich denn dies auch a posteriori beweisen läßt, indem ihnen auch nicht ein einziges der im Eigenthume liegenden Gerechtsame competirt, sie haben weder das Recht der freien Alienation, noch auch einige Dispositionsbefugniß an der Substanz, denn beträchtliche Deteriorationen können ihnen untersagt werden, und Verbesserungen kommen eben so wenig dem Gute selbst zum Vortheil, werden kein commodum reale, sondern müssen, wenn der zeitige Besitzer abgeht, dessen seine Person repräsentirenden Allodial Erben erstattet werden. So ist also, solange das Stammgut als solches fortdauert, alles Eigenthum darüber als gänzlich suspendirt anzusehn. Wie dies gar nichts so ganz exorbitantes ist, habe ich oben gezeigt; indessen ist es nicht einmal durchaus nothwendig, eine solche gänzliche Suspension anzunehmen. Man denke sich, was eben sowohl zu rechtfertigen steht, den Staat als interimistischen Eigenthümer, und aller Zweifel ist gehoben. Der Staat nehmlich hat einmal durch seine Gesetze die Gültigkeit letzter Willens Verordnungen verstattet, er muß also auch, wenn sie demnach gesetzmäßig erfolgen, für deren Aufrechthaltung bedacht seyn, und, indem er solchergestalt den Verstorbenen gewissermaßen repräsentirt, alles dasjenige verhüten, was nicht mit des Letzteren Zwecken übereinstimmt. Der erste Stifter des Stammguts wollte aber allen seinen männlichen agnatischen Descendenten nur den Besitz und die Benutzung des Stammguts überlassen, er verfügte darüber auf eine vom Staate gebilligte Art, es muß also dieser nun darauf sehen, daß jene auch nach des Stifters

Tode

Tode nicht mehr, als ihnen bestimmt war, erhalten, er muß das Eigenthum als seinen Händen anvertraut und als Mittel betrachten, auch für später existirende Nachkommen die aus jener durch die Gesetze gebilligten Stiftung ihnen zugedachten Vortheile conserviren und ihnen solche gegen jede dagegen anlaufende factische Anmaßung der Zwischenbesitzer sichern zu können.

§. 5.

Succession in Stammgüter.

Noch bleibt mir übrig, von der Succession in Stammgüter zu reden, und ich bemerke dabey vorläufig, daß man diesen Ausdruck hier late, für jede Translation von Rechten nehmen muß. Die Succession in Stammgüter ist durchaus kein Erbrecht, es ist vielmehr eine successio singularis in determinata iura atque obligationes primi constituentis, und hiernach lediglich zu beurtheilen. Alle Idee von Erbfolge, d. h. einer Succession in sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten des letzten Besitzers muß durchaus hiervon entfernt bleiben, und es ist ein Hauptmoment dieser ganzen Lehre, das in keinem Augenblick vergessen werden darf, daß kein Besitzer eigne Rechte hat, daß lediglich die Gerechtsame des ersten Stifters es sind, welche unmittelbar von diesem einem jeden seiner dazu fähigen Nachkommen zugedacht, ganz in eben der Gestalt, wie sie von jenen kamen, ganz ohne einige Einwirkung irgend eines der Zwischenbesitzer immer fort transferirt werden von einem auf den andern, so daß jeder einzelne immer nur dem ersten Stifter succedirt und alle seine dadurch erlangten Rechte lediglich als aus des ersten Stifters Händen unmittelbar auf ihn verfället anzusehen hat.

Nimmt man nun auf die Personen Rücksicht, denen dieses Successionsrecht competirt, so steht dasselbe allen agnatischen Descendenten des ersten Erwerbers zu, wie schon oben gelehrt worden. Dieser allgemeine Satz ist an sich betrachtet klar und ausser Zweifel, leidet jedoch in der Anwendung auf besondre Classen von Personen, die gewöhnlich auch unter jenem Nahmen begriffen werden, einige Bedenklichkeit. Dahin rechne ich vor allen Dingen illegetim Geborne. Bleiben sie dies, so ist wohl klar, daß sie auf Succession keinen Anspruch machen können, indem ihnen, als solchen, alle Familienrechte fehlen, und sie folglich als zu dieser gehörig gar nicht anzusehen sind. Werden sie aber per fictionem iuris auf eine von den Gesetzen gebilligte Art legitim gemacht, so fragt es sich nun, ob ihnen dadurch mit den übrigen Rechten der ehelichen Geburt nicht auch das der Erbfolge in Stammgüter ihrer Familie ertheilt wird? — Daß die Legitimation unehelichen Kindern im Ganzen die Rechte der ehelich Gebornen beilege, ist nicht zu leugnen; allein, wenn man dies so allgemein behauptet, so setzt man doch hierbei solche Einschränkungen stets voraus, die sich bei einer jeden Concession von Rechten, sey sie auch, von welcher Art sie wolle, schon von selbst verstehen; und unter diesen steht ohne Zweifel die oben an, daß der concedens auf den concessionarium nicht mehr Recht übertragen könne, als ihm selbst zusteht. — Legitimirten Descendenten competirte vor der Legitimation das ius succedendi anerkannt nicht, der dieselbe bewürkende Vater oder Landesherr konnte es ihnen nicht ertheilen, weil ihm selbst die Befugniß, darüber zu verfügen gar nicht zustand, indem schon längst auf eine rechtsbeständige Art (vom primo constituente) darüber disponirt war, folglich blei-

ben sie auch nach der Legitimation von der Stammfolge ausgeschlossen. Auch ist es der Natur der Stammguts-Succession, die man lediglich dem beneficio primi constituentis verdankt, und daher nur von diesem abzuleiten, mithin als ein angebornes Recht anzusehen hat, so ganz zuwider, anzunehmen, es könne dieselbe durch ein bloses factum patris aut principis mitgetheilt werden, daß durch eine solche den legitimatis günstige Entscheidung, in der That sogar der Begriff eines Stammguts, in ihren Händen unpassend würde; so wie sie denn auch diesem noch in andrer Hinsicht widerspricht: Ein Stammgut nehmlich ist nach seinen wesentlichen Zwecken blos und ausschließlich für Familienglieder bestimmt, legitimati aber gehören ursprünglich, d. h. durch Geburt, nicht zur Familie, sondern wurden erst nachher darin aufgenommen und können mithin als solche nicht betrachtet werden, auf welche der Begriff von Familiengliedern im engsten Sinne anwendbar wäre.

So sehr ich aber auch aus diesen Gründen gegen die Erbfähigkeit illegitimer und legitimirter Descendenten bin, so wenig glaube ich dieselbe denjenigen absprechen zu können, die aus einer Mißheurath geboren sind. Ist nur diese nicht von der Art, daß sie auch dem Vater seinen Adel entzieht, z. B. mit einer Leibeignen, so fehlt es solchen Kindern auf keine Weise an den zur Succession erforderlichen Eigenschaften. Sie führen durch Geburt den Familien Nahmen und geniessen alle Familienrechte, sind mithin als solche anzusehen, die nach der Absicht des Stifters dereinst succediren sollten. — Wären bei der Stiftung gewisse Ahnen bestimmt, die ein jeder Successor haben sollte, so würde in diesem Falle freilich wohl eine

Aus-

Ausnahme zu gestatten seyn, allein eben weil dieses alsdann eine accidentelle und also nie zu vermuthende Bestimmung allererst voraussetzen würde, so könnte sie auch immer nur als Ausnahme betrachtet, keineswegs aber bei einer allgemeinen Entscheidung zum Grunde gelegt werden, vielmehr würde in deren Ermangelung eine blose adeliche Geburt zur Erbfähigkeit hinreichend seyn.

Was endlich den ordinem succedendi betrifft, so ist Linealfolge mit Theilung der einzige, worauf man ohne besondre Bestimmung am natürlichsten verfallen wird. Ein Vater, Besitzer des Stammguts, stirbt und hinterläßt z. B. drey Söhne, so sind alle auf das Stammgut berechtigt, und da aller Rechte völlig gleich sind, so ist kein andrer Ausweg, als daß, wenn sie nicht etwa gemeinschaftlich besitzen wollen, welches in die Länge doch nicht einmal angehn würde, eine Theilung unter ihnen vorgenommen werde. Setzen diese ihre Linien fort, so geht es immer eben so, bis eine davon ausstirbt, alsdann fällt das Stück zurück auf die mit der ausgestorbenen zugleich, durch Eine Theilung, entstandenen Linien; denn wären damals nur 2 Söhne gewesen, so erhielten diese beiden das Ganze. Die Concurrenz eines dritten bewürkte die Vermindrung ihres Antheils, diese Concurrenz hört gegenwärtig auf, und es treten also jene beiden, oder die von ihnen gestifteten Linien, in ihre vorigen Rechte wieder ein; es fällt mithin das vacant gewordene Stück auf sie zu gleichen Theilen zurück c).

Zwey-

c.) Eine sehr genaue Beschreibung dieses ordinis succedendi findet man II F. 50.

Zweiter Abschnitt.

Auflösung einiger besonderen Fragen in Absicht auf Stammgüter.

§. 6.

Uebergang.

Nachdem ich diese allgemeinen Grundsätze von Stammgütern auseinander gesetzt, wende ich mich nun zur Erörterung einiger speciellen Fälle, deren bisher durchgehends angenommene Entscheidung mir völlig unrichtig scheint. Dahin rechne ich vorzüglich folgende drey: 1.) Was würkt eine vom zeitigen Besitzer des Stammguts mit diesem vorgenommene Veräusserung oder Renunciation? — 2.) Kann, so lange noch männliche Agnaten vorhanden oder zu erwarten sind, die Stammgutsqualität mit Einwilligung aller lebenden Interessenten aufgehoben werden? — und endlich: 3.) Wer gelangt nach gänzlichem Abgang aller männlichen Agnaten zur Succession und hat alsdann Regredienterbrecht statt?

Behält man bei der Beurtheilung dieser Fragen die oben entwickelten Grundsätze stets vor Augen, so finde ich dabey durchaus nicht die mindeste Schwierigkeit, demungeachtet aber werden sie mit dieser mir nothwendig scheinenden Beziehung, geradezu dem widersprechend beantwortet werden müssen, was bisher die mehrsten Schriftsteller im Fach des deutschen Staats- und Privatrechts davon behauptet, ja ich möchte sagen, beinahe aburtheilend entschieden haben.

§. 7.

§. 7.

I.) Von der Wirkung einer, von einem Descendenten des ersten Stifters geschehenen Renunciation auf das Stammgut:

A.) Im Fall solche zum Vortheil eines andern Familiengliedes geschah.

Gewöhnlich pflegt man diese Renunciation, wovon ich hier zunächst reden werde, ausschließlich so zu nennen, und versteht alsdann darunter diejenige Erklärung eines auf das Stammgut Berechtigten, vermöge welcher derselbe znm Besten entfernterer Familienglieder, die zwar überhaupt ebenwohl successionsfähig sind, aber doch noch nicht und vielmehr erst nach jenem zur Ausübung ihrer desfalsigen Befugniß gelangen würden, seinen Rechten auf das Stammgut entsagt. Eine Veräusserung liegt hierin von Seiten des vorhin Berechtigten immer, und in dieser Hinsicht könnte man glauben, es sey dieselbe, weil doch jenem kein Dispositions Recht über die Substanz des Gutes zusteht, unzuläßig und dem eigenthümlichen Wesen eines Stammguts zuwiderlaufend; inzwischen glaube ich dennoch beweisen zu können, daß einer solchen Renunciation, wenn man nur hierbey die nöthige Vorsicht anwendet, nicht alle Gültigkeit so unbedingt abzusprechen sey. Der Zweck des Stifters wird einmal dadurch nicht verletzt, und diese Rücksicht schadet also dem Rechtsbestand jener Veräusserung nicht, es kommt mithin lediglich hier auf die Gerechtsame anderer Mitberechtigten an, und in wie fern diese durch eine solche Renunciation gefährdet werden können; legt man also nur das ganze Geschäfft so aus, daß deren Conservation dadurch vollkommen erreicht

wird,

wird, so läßt sich an der sonstigen Gültigkeit desselben nicht zweifeln. Ueber beide Puncte muß ich mich jedoch näher erklären.

Setze ich hierbey voraus, daß das Stammgut an einen solchen abgetreten wird, der als völlig successionsfähiges Familienglied der erforderlichen Qualitäten wegen eben so gut, wie der gegenwärtige Besitzer, daselbe haben könnte, und nur wegen späterer Geburt, oder weil er aus einer andern Linie, als dieser, abstammt, blos in der Successions Ordnung demselben nachsteht; so ist es klar, daß dadurch die Erfüllung der vom ersten Stifter beabsichtigten Zwecke nicht gehindert wird. Ihm, der zwar im allgemeinen gewisse Erfordernisse der Successionsfähigkeit bestimmen, aber auf individuelle Eigenschaften dieses oder jenes Einzelnen seiner Descendenten durchaus keine Rücksicht genommen haben konnte, muß es (in so fern ich ihn als in seinen Anordnungen fortexistirend betrachte) völlig gleich seyn, durch welches individuum seiner gleich fähigen Descendenten sein Zweck erreicht wird, und es ist die einmal festgesetzte Successionsordnung in dieser Hinsicht als etwas accidentelles, lediglich zu dem Nebenzweck, Uneinigkeiten bei der Succession zu verhindern, Eingeführtes anzusehn. Es sollte nehmlich dadurch zwar auf einen zweifelhaften Fall eine Norm zur Entscheidung, wer succediren könne, gegeben, keinesweges aber hierdurch dem solchergestalt legitimen Besitzer verwehrt werden, diesem Besitz auf eine den wesentlichen Zwecken des Stifters durchaus vereinbarliche Art zu entsagen. — Inzwischen kann, welches wohl zu merken, eine solche Disposition doch nur für seine Person, nur für seine Lebenszeit gültig seyn, denn sein eignes Recht dauert ja

nicht

nicht länger; alle Ansprüche, die er auf das Stammgut geltend machen konnte, beschränken sich lediglich auf lebenslänglichen Besitz und Genuß, nur dies ist daher seiner Disposition unterworfen; so wie er stirbt, cessirt die Bedingung, unter der allein jene Befugniß ihm zustand, alle seine Rechte an dem Stammgut erlöschen, und so erlöscht auch in diesem Augenblick eines jeden, auf den er den Besitz übertragen hat, bisher rechtlich begründeter Titel, der überhaupt nur, selbst in der Person eines Agnaten, (der die präoccupirte Ausübung eines ihm erst in der Zukunft zufallenden Rechts jetzt noch lediglich als Ausübung eines *iuris cessi* zu betrachten hat, keinesweges aber vi iuris proprii dazu befugt zu seyn glauben darf) als revocabel zu Recht bestehen konnte. War gleich die Veräusserung als unwiderruflich geschehen, war es gleich Absicht der Paciscenten, daß das Stammgut nunmehr ganz aus der bisherigen Reihe der Berechtigten herausgerissen, und künftig von dem neuen Besitzer an, auch eine neue Successionsreihe anfangen sollte, so kann diese Abrede dennoch nicht länger, als der Veräußernde lebt, ihre Gültigkeit behaupten. So lange trit der Fall wirklich ein, daß wenn nur den Zwecken der Stiftung nicht zu nahe getreten wird, keiner vorhanden ist, dem ein ius contradicendi gebührte, weil der übrigen Agnaten Recht so lange noch gänzlich quiescirt; es gilt darum bis dahin, nach der die möglichste Aufrechthaltung juristischer Geschäffte anrathenden Interpretationsregel, die Veräusserung in soweit wenigstens, quatenus fieri potuit, als eingeschränkt auf das Leben des Transferenten. Nach dessen Tode aber kann sie nicht mehr würken, denn für diesen Zeitpunct war längst schon auf eine rechtsbeständige Art über das Stammgut disponirt worden. Der erste Stifter

nehm-

nehmlich, der einzige, dem ein unbeschränktes Disposi-tions Recht competirte, hat dieses bereits bei der Stif-tung dergestalt ausgeübt, daß, so wie einer der darauf Berechtigten und im Besitz desselben gewesenen Personen stirbt, sogleich ein anderer bestimmt ist, dem daselbe nun-mehr zufallen soll. — Unter dieser Einschränkung gilt also die an einen entfernteren Agnaten geschehene Veräusserung des Stammguts allerdings. —

§. 8.

B.) Wenn das Stammgut an einen Extraneum veräussert wurde.

a.) Rechte der entfernteren Agnaten.

Nenne ich auch die hier zu beurtheilende Art der Veräusserung eines Staminguts eine Renunciation auf dasselbe, so folge ich darin zwar nicht ganz dem bisherigen Sprachgebrauche, inzwischen finde ich doch diesen Aus-druck der Sache selbst völlig angemessen. Ist es nehm-lich auf der einen Seite keinem Zweifel unterworfen, daß auch jene Uebertragung des Stammguts, wodurch ein Familien Glied, das erst später zu dem Besitz desselben berechtigt war, nun früher dazu gelangt, immer doch in Hinsicht auf den Uebertragenden eine wirkliche Veräusse-rung in sich enthalte, und ist es auf der andern Seite nicht weniger klar, daß in gleicher Hinsicht auch die an einen Fremden geschehende Abtretung des Stammguts als Renunciation betrachtet werden könne, so folgt, daß man solchergestalt eine jede Translation des Stammguts, ge-schehe sie nun zum Vortheil eines extranei oder eines Fami-liengliedes, zwar immer eine Veräusserung nennen, aber

eben-

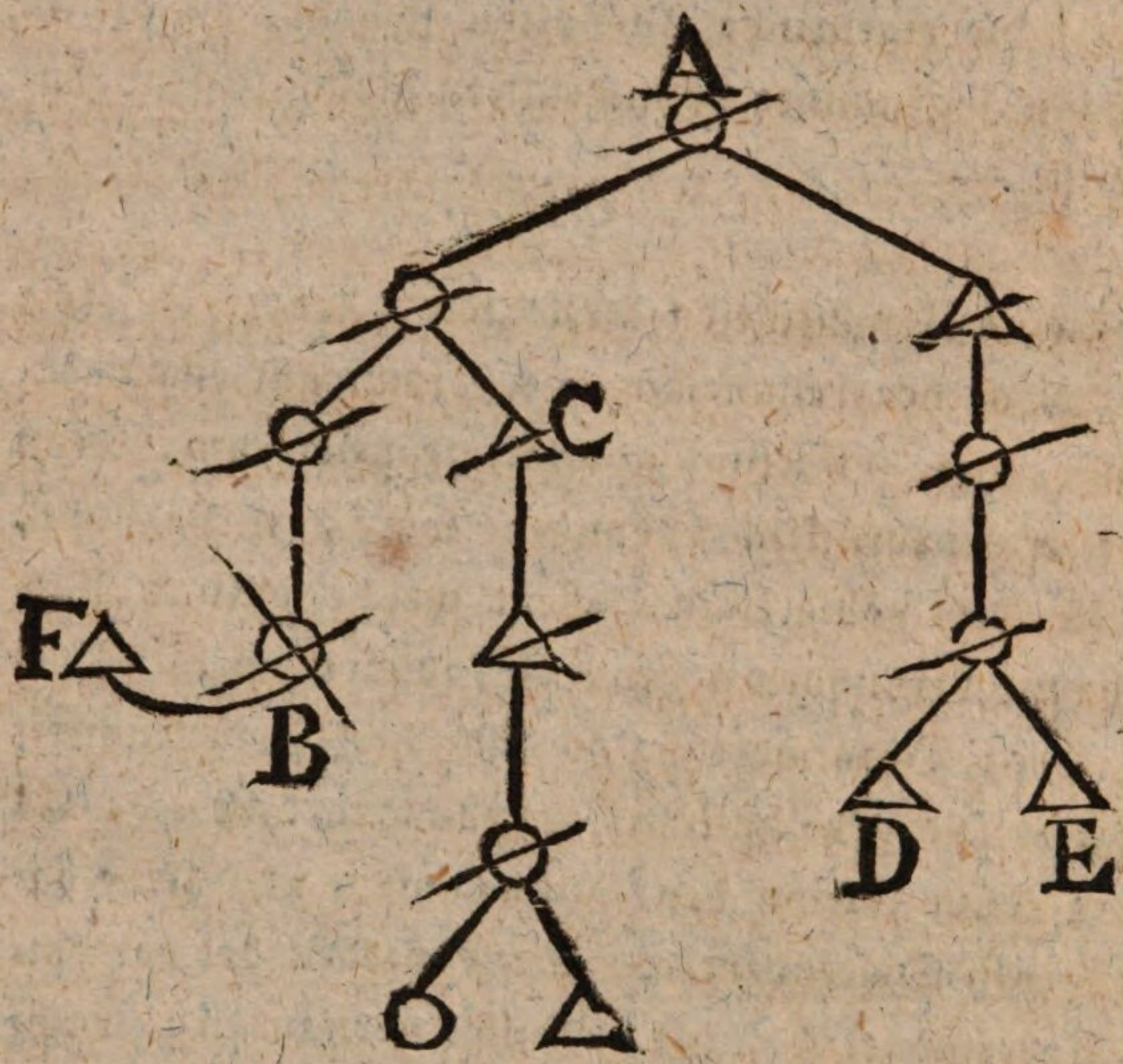
ebensowohl auch mit dem gemeinschaftlichen Nahmen einer Renunciation belegen könne, indem, wenn man diesen Ausdruck mehr grammatisch nimmt und solchergestalt vorzüglich auf den renunciantem bezieht, darunter eine jede Handlung, wodurch derselbe sich seines Rechts begiebt, mag dies nun geschehen, auf welche Art, oder zu wessen Vortheil es wolle, gar wohl verstanden werden kann, mithin auf die eigentliche Alienation sowohl, als die im engern Sinn sogenannte Renunciation gleich passend anwendbar ist. —

Daß eine Renunciation der letzteren Art, eine solche also, wodurch der renuncians das Stammgut einem extraneo zuwendet, effectum dominii translativum, wenn gleich dieser ausdrücklich bedungen wäre, nicht habe, darüber ist man völlig einig, allein welche sonstige Wirkungen damit verbunden gehen, dies bleibt eigentlich die Frage, deren Beantwortung so mancher Bedenklichkeit unterliegt Die gewöhnliche Vorstellungsart ist die: Es bindet die Renunciation den renunciantem und seine damals gebornen Descendenten. Diese werden bei vorkommenden Successionsfällen als gar nicht vorhanden betrachtet und es geht also die Succession auf die nächsten Agnaten über; z. B. A (nach dem beigedruckten schema) d.)

ist

d.) Der hierbey unterstellte Fall ist zwar etwas ausgedehnter, als es mein Zweck nothwendig erfordert, inzwischen habe ich ihn einem kürzeren darum vorgezogen, weil er mit unbedeutender Abänderung wirklich so vorgekommen und nach den angeführten Grundsätzen entschieden ist.

ist primus constituens, B jetziger Besitzer, C hat zum Vortheil eines extranei, F, renunciirt. Jetzt ereignet sich durch den Tod des B ein Successionsfall, da kann C mit seinen Descendenten nicht zur Succession kommen, weil sie derselben entsagt haben, diese geht also auf die entfernter stehenden D und E über. —



So wenigstens wird gewöhnlich entschieden, und dahin gieng auch das Gutachten eines bekannten Rechts Collegii in dem vorerwähnten bey einem der Reichsgerichte anhängigen Falle. — Aber abgesehen vorerst davon, in wiefern die letztgenannten, als Weiber uud Cognatinnen überhaupt hier als successionsfähig erscheinen konnten, (wovon ich weiter unten reden werde,) halte ich jene Meinung auch ausserdem in zwiefacher Rücksicht für durchaus falsch, indem I.) wenn ich auch zugeben wollte,

wollte, daß der renuncians und seine Descendenten gebunden wären, und selbst nicht das Stammgut behalten und in dasselbe succediren könnten, doch das gewiß unrichtig seyn würde, sie darum als gar nicht existirend anzusehn, und nun die nächsten Agnaten zur Succession zu lassen. Dies geht nicht an. Das diesen competirende Successionsrecht ruht, solange noch einer am Leben ist, der in der Reihe der Erbfähigen vor ihnen steht; auf sie wird erst dann, wann deren keiner mehr vorhanden ist, die Succession devolvirt, erst dann wird ihr bisheriges ius quiescens würksam, und kann nun freilich gegen jeden Besitzer des Stammguts ausgeübt werden. Vor diesem Zeitpunct aber würde der, an welchen das Stammgut alienirt wurde, statt der alienirenden Linie in dem ruhigen Besitz desselben zu lassen seyn; denn wollten die zur Alienation nicht consentirt habenden Agnaten von demselben das Stammgut vindiciren, so würde ihnen mit Grund die Einrede der fehlenden legitimatio ad causam opponirt werden können, sie würden ihr Klagrecht nur auf devolvirte Succession gründen können, diese aber läßt sich nicht behaupten, solange noch andre Personen existiren, welche dem primo adquirenti oder dem besondern Linienstifter näher stehen. — Ja wollte man sogar zugeben, daß solche entfernte Agnaten mit einer gegen den extraneum possidentem angestellten Vindicationsklage wirklich obtinirten, wie wollten sie wohl den dadurch errungenen Besitz behaupten können, wenn nun die renunciirt habende Linie selbst wieder gegen sie klagend aufträte? Dieser ihr nicht zu bezweifelndes ius potius blos deshalb ganz absprechen zu wollen, weil sie dasselbe gegen den Willen des ersten Stifters veräussert hätte, würde

eine Härte seyn, dergleichen man kaum in positiven Gesetzen ohne den Wunsch der möglichen Milderung lesen, um so weniger also da statuiren kann, wo weder gesetzliche noch conventionelle Vorschriften einer minder harten Entscheidung den Weg vertreten. Hat auch der renuncians durch eine gänzliche und unwiderrufliche Abtretung des Stammguts in soweit unrecht gehandelt, als er dadurch den Rechten der übrigen Stammgutssuccessoren für die Zukunft offenbar zu nahe getreten, so läßt sich doch daraus unmöglich etwas weiters folgern, als daß seine Handlung, insofern er dazu nicht berechtigt war, keine Wirkung producire; sie müssen also damit zufrieden seyn, wenn das Alienationsgeschäfft dahin iuterpretirt wird, daß ihnen an ihren einmal begründeten Rechten dadurch kein Abbruch geschehe, allein aus des alienantis unerlaubter Handlung neue Rechte, die ihnen vorher nicht zustanden, mit seinem und des extranei offenbarem Schaden erwerben zu wollen, wäre eine Forderung, deren Unbilligkeit jedem in die Augen fällt. Dem Renuncianten competirte ein Recht auf lebenslänglichen Besitz und Gebrauch, kann also seine Veräusserung auch nicht in der vollen Würksamkeit, die er ihr beizulegen vielleicht die Absicht hatte, bestehen, so hat doch (unter obiger Voraussetzung) sein Mitcontrahent dadurch wenigstens so viel Recht erworben, als jenem zu übertragen erlaubt war, und man muß nun die ganze Sache so ansehn, als wäre in der That über nichts mehr disponirt, als worüber dem alienanti ein Dispositionsrecht zustand, mithin über lebenslänglichen Besitz und Genuß des Stammguts. Wer würde auch wohl behaupten, daß in dem übrigens doch gleichen Falle, wo jemanden z. B. ein Haus ad dies vitae

ver-

vermacht ist, und dieser es dominiotenus auf einen andern transferirt, diesem dadurch ganz und gar kein Recht erworben werde, oder wohl gar der künftig Berechtigte dasselbe jetzt schon verlangen könne? — Leidet es vielmehr wohl da noch einigen Zweifel, daß der tertius solange im Besitz bleibe, als der alienans lebt, und dasselbe nachher erst, iure nunc demum devoluto, von dem substituirten Erben vindicirt werden könne? und läßt sich wohl ein vernünftiger Grund anführen, um dessenwillen bey Stammgütern eine gleiche Entscheidung, auf den bekannten Rechtssatz gegründet: resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis, nicht ebenwohl eintreten sollte? — zuverlässig nicht. Es ist also hierdurch erwiesen, daß wenn überhaupt die Voraussetzung gegründet wäre, daß eine solche Renunciation, wodurch ein schon jetzt oder erst künftig auf den Besitz des Stammguts Berechtigter, demselben zum Vortheil eines extranei entsagt, an sich nur für den Renuncianten und seine Descendenten verbindliche Kraft haben könne, alsdann auch der extraneus verlangen könne, solange wenigstens, als von allen diesen einer noch am Leben ist, im Besitz des Stammguts zu bleiben, und von den entfernteren für jetzt noch nicht successionsfähigen Agnaten nicht eher, als nach deren aller Tode daraus verdrängt werden dürfe.

§. 9.

b.) In Ansehung der Descendenten des Renunciirenden, welche

α.) zur Zeit der Renunciation schon lebten.

Unerweislich aber ist II.) auch die Behauptung, daß Descendenten an die von ihrem Vater oder Grosvater

ter geschehene Renunciation gebunden wären. Von bereits lebenden Descendenten wird auch dies in der That weniger bezweifelt, und der einzige dafür anzuführende Grund, weil doch Descendenten in alle Rechte und Verbindlichkeiten ihres verstorbenen Ascendenten einträten, und daher unter diesen auch zu Erfüllung und fernerer Haltung des Alienations Geschäffts verbunden wären, verdient in der Allgemeinheit gar keine, und wenn er insonderheit nur von dem Falle verstanden wird, wo die Descendenten zugleich Allodial Erben wurden, wenigstens nicht die bedeutende Aufmerksamkeit, welche sonst wohl die Wichtigkeit, mit welcher man denselben hin und wieder vorgetragen findet, zu erfordern scheint. Zwar erklären die Römischen Gesetze — und nach diesen muß ein Allodial Erbe sich beurtheilen lassen — bestimmt und ohne Einschränkung: der Erbe soll seines Erblassers Rechte und Verbindlichkeiten sämmtlich übernehmen, er soll dessen Facta prästiren, d. h. in die Reihe seiner Handlungen eintreten, als wenn es seine eignen wären; ja es gilt dies selbst dann, wenn die Handlungen jeines Erblassers gar nicht einmal rechtsbeständig, sogar, wenn sie schon ihrer Natur nach null und nichtig sind, mithin dem dritten, zu dessen Vortheil sie abzwecken, das Recht, was er daraus ableiten will, gar nicht einmal erworben werden konnte. Gegen jeden andern wird dann zwar dieser keinen Gebrauch davon machen können, allein so wie dem Handelnden selbst, wenn er sich auf die Nichtigkeit seiner Handlung berufen, und dadurch den Folgen derselben entziehen wollte, hierbey exceptio doli mit Grund obmovirt werden könnte, eben so wenig kann solches dem nach völlig gleichen Rechts Grundsätzen zu beurtheilenden Erben verstattet werden,

auch

auch dann nicht verstattet werden, wenn er den veräusserten Gegenstand nicht einmal als Erbe und vermöge seines Erbrechts, sondern aus einem ganz andern hiermit durchaus nicht connexen Titel zurückfordern könnte, wenn ihm, ohne Rücksicht auf seine Erbenqualität doch ein Recht auf die Sache zustände, das er also von seinem Erblasser ganz und gar nicht einmal ableitet, und welches, auch wenn er mit diesem in gar keinem rechtlichen Verhältnisse stände, ihm dennoch competiren würde. So ist z. B. dem Commodanten, der seines commodatarii Erbe wird, nicht gestattet, den von diesem seinem Erblasser widerrechtlich veräusserten Gegenstand des Commodats von dem gegenwärtigen Besitzer zu vindiciren, so sehr auch dafür der sonst gültige Rechtssatz, daß jemand zwey Personen geriren und in der einen Qualität eine Handlung rechtlich vornehmen könne, die ihm in der andern schlechterdings zu versagen wäre, zu streiten scheint. Die l. 1. §. 1. D. de except. rei vend. et trad. giebt hierüber klare Vorschrift in den Worten: sed et si *dominus* fundi heres venditori existat (der also auch nicht sein Recht auf diese Sache von dem Erblasser ableiten will) idem erit dicendum (i. e. exceptione R. V. et T. repellendus erit.)

Nach diesen allgemeinen Grundsätzen also sieht es um meine Behauptung, daß dem allem ungeachtet der Erbe des veräussernden Stammguts-Besitzers an diese Veräusserung dennoch nicht gehalten sey, etwas mißlich aus, indessen glaube ich sie doch noch rechtfertigen zu können: Bisher nehmlich setzte ich immer den Fall, daß der Erbe sein Recht an der Sache ausüben wollte, und daß es auf kein andres Recht ankomme. So verhielt sich die Sache

mit dem Commodanten. Aber hier (und dies ist ein eben so richtiger, als für die Lehre von Stammgütern durchaus sehr wichtiger Satz), hier ist eigentlich nur die Rede von dem Recht des verstorbenen Constituenten des Stammguts, zu fordern, daß seine Bestimmung unverletzt bleibe. Existirt nehmlich in einem Staate die rechtliche Möglichkeit, etwas für die Zeit nach meinem Tode zu bestimmen, so ist in Ansehung dieser Bestimmungen meine rechtliche Existenz auch nach dem Tode fortdauernd, und für die Beobachtung derselben, die ich selbst nicht mehr durchsetzen kann, hat der Staat, der jenes Gesetz gab, als mein Repräsentant zu sorgen (§. 4.). Mein Recht also (dessen actueller Repräsentant der Staat wird, d2) so wie ich gestorben bin) mein Recht ist es, wovon jeder einzelne Descendent das seinige ableitet, und was im vorliegenden Falle der vindicirende Erbe) mein jetziger legitimer Repräsentant) ausübt. Ist es aber mein Recht und nicht sein eignes, so passen die rechtlichen Grundsätze, wovon ich oben sprach und nach welchen ich dem Commodanten das Vindications Recht verweigerte, nicht mehr auf ihn. Es steht also dies dem stammberechtigten Descendenten ohne Zweifel zu, wenn er gleich Allodial Erbe des Renuncianten geworden ist; er ist an diese Renunciation oder Alienation nicht gebunden c.), sondern durch den Erb-

---

d2) In subsidium nehmlich, d. h. wenn nicht andre Repräsentanten, durch meine Bestimmung selbst angeordnet, da sind, wie z. B. (in Ansehung gewisser Rechte) der jedesmalige Besitzer des Stammguts.

e) Eine Ausnahme würde jedoch die seyn, wenn der ex testamento succedirende Descendent den ferneren Bestand der

Erbschaftsantritt höchstens zur Schadloshaltung dessen, an den das Gut veräussert wurde, verbindlich geworden.

§. 10.

β.) Insofern von noch nicht existirenden Descendenten die Rede ist.

Soviel von bereits lebenden Descendenten; weit gröseren Schwierigkeiten ist aber noch die Frage unterworfen, ob auch eine solche Renunciation nicht wenigstens für diejenigen Descendenten, welche zu der Zeit, wo dieselbe geschahe, selbst als nascituri noch nicht existirten, verbindliche Kraft haben könne? — Doch halte ich dafür, daß bei dieser Frage eine gleiche Entscheidung, als bei jener, die bereits lebenden Descendenten betreffend, eintreten müsse. Daß bei deren Beurtheilung, so wie bei der eines jeden wegen Stammgütern vorkommenden Zweifels, auf die Absicht und den Willen des Constituenten, als dessen Bestimmung einzige Quelle aller dabey statt habenden Rechte und Verbindlichkeiten abgiebt, vorzüglich Bedacht zu nehmen sey, kann ich als völlig entschieden voraussetzen. Nun war es aber nach der eigenthümlichen Natur und dem davon abgezogenen Begriff eines

---

der Alienation als Bedingung seiner Erbeinsetzung ansehn muß; denn da bleibt ihm freilich die Wahl, ob er das Stammgut demungeachtet vindiciren will oder nicht; allein er muß entweder, wenn er dies thut, nun propter deficientem conditionem auch alle Ansprüche auf die Allodial-Erbschaft aufgeben, oder, wenn er diese vorzieht, das Gut in den Händen des tertii auch ferner lassen.

nes Stammguts offenbar Willen des ersten Stifters, daß, solange nur Descendenten seines Nahmens lebten, diese das Gut besitzen und benutzen, und durch diese Benutzung das äussere Ansehn, den Glanz der Familie vermehren sollten. Eine nothwendige Folge davon ist aber, daß, solange noch dieser Zweck nicht vollständigst erreicht ist, das Gut der freien Disposition der immittelst besitzenden gänzlich entnommen bleiben müsse, daß jeder nur besitzen und geniessen, keiner durch eine mehr als Besitz und Genuß voraussetzende Veräusserung den wesentlichen Zwecken der Anstalt entgegen würken dürfe. Selbst für seine Person und seine Lebenszeit ihm ein solches Dispositionsrecht zuzugestehen, würde ich bedenklich finden, denn wenn gleich dabey Niemand interessirt zu seyn scheint, oder wenigstens nicht befugt seyn würde, ein ius contradicendi dagegen geltend zu machen; auch überdies der Besitzer in concreto wohl gar durch eine solche vielleicht titulo oneroso geschehende Abtretung seine Lage auf eine den Zwecken des Constituenten scheinbar angemessenere Art, als dies wohl durch den beibehaltenen Naturalbesitz möglich wäre, zu verbessern im Stande seyn könnte; so halte ich dennoch auch unter solchen Umständen eine dergleichen lebenslängliche Veräusserung dem Hauptzweck des ersten Stifters widerstreitend. Er wollte, daß in jedem Moment der Glanz seiner Familie durch den Besitz des Gutes erhalten werde; bei dieser Bestimmung muß es bleiben. Der, welcher das Recht zum Besitz hat, kann daher vom Staate selbst gezwungen werden, in dem Besitz zu bleiben, und dies selbst dann, wann er die Möglichkeit eines gröseren Glanzes durch die Alienation bewürken wollte und könnte. Doch diese Grundsätze werde ich im folgenden Paragraphen näher ausführen.

Kom-

Komme ich nun wieder auf die Verbindlichkeit der zur Zeit der Renunciation noch nicht gebornen Descendenten, die Gültigkeit von dieser anzuerkennen, zurück, so entscheidet da schon zur Genüge der obige Grundsatz, daß ihr Recht von keinem der vor ihnen Berechtigten abhängt, daß ihre Befugniß, den Besitz des Gutes zu verlangen, lediglich in der Disposition des ersten Stifters ihren Grund hat, welcher gleich von Anfang für immer die Succession regulirte, und eben dadurch einem jeden Zwischenbesitzer alles Recht einer weitern Disposition völlig entzog. Vermag dieser Grundsatz sogar die im 7ten Paragraphen erwähnte, wenigstens objectiv gültige, Veräusserung auf die Lebenszeit des Alienanten zu beschränken und bei dessen Tode deren fernere Würksamkeit zu vernichten, wie viel mehr wird er dem Rechtsbestand einer solchen entgegenstehen, wobey es sogar an dem Umstande, der allein jene in tantum aufrecht zu erhalten vermochte, der Stammrechtsfähigen Qualität des Besitzers nehmlich, gänzlich mangelt. Der erste Stifter hatte gleich Anfangs auf ewige Zeiten über den Besitz des Stammguts rechtsgültig disponirt, und es kann daher ein Zwischenbesitzer, der ex beneficio constituentis, nicht etwa den ganzen Inbegriff der Eigenthumsbefugnisse, sondern immer nur bestimmte einzelne Rechte an dem Stammgut erhielte; der in der Reihe der sämmtlichen lebenden und noch zu erwartenden Stammguts Berechtigten vor den ihm nachstehenden keinen andern Vorzug genießt, als daß ihn seine Geburt zu einer früheren Successions Ordnung berechtigt; ein solcher kann nichts veräussern, was Eigenthum voraussetzt, über nichts verfügen, als über die einzelnen bestimmten Rechte, die ihm für seine Person zukommen, keine

Hand-

Handlung unternehmen, wodurch denen zu nahe getreten wird, die mit gleichen von ihm unabhängigen Ansprüchen jetzt oder dereinst versehen, nur deren Ausübung gegenwärtig entbehren, und denen, auch wenn sie noch nicht existiren, die Gesetze selbst, für die Aufrechthaltung eines jeden unter ihrer Beistimmung unternommenen Geschäffts besorgt, die ihnen hierdurch zugedachten Gerechtsame auf den Fall aufbewahren, wenn sie dieselben zu erwerben im Stande sind, dadurch wenigstens aufbewahren, daß sie nichts zulassen können, was den dereinstigen Erwerb derselben unmöglich machen würde. — Der eigentliche und wesentliche Inhalt der Stammguts Stiftung war, wie ich nicht oft genug wiederholen kann, daß dies Gut, solange es nur möglich wäre, einen Besitzer haben sollte aus der Familie des Stifters und mit des Stifters Nahmen. Sobald also in Zukunft einer geboren wird, dem diese Eigenschaften, als die einzigen Bedingungen, von denen das Recht auf jenes Gut abhängt, zukommen, so entsteht auch in demselben Augenblick sein ius a primo constituente, dessen Ausübung nur bis zum Abgang der vor ihm Berechtigten noch suspendirt bleibt. So wie aber der letzte von diesen stirbt, erwacht sein Recht, er trit, durch seinen Nahmen und seine Abstammung auf den Besitz des Stammguts seit seiner Geburt schon berechtigt, nunmehr ganz an des Verstorbenen Stelle, und vertreibt einen jeden, der bisher der Stiftung und ursprünglichen Bestimmung des Stammguts zuwider, sich in Besitz und Benutzung desselben befand. Geradezu vom ersten Constituenten seine nun völlig begründeten Ansprüche unmittelbar ableitend, nur ihm, als seinem einzigen auctori, sie allein verdankend, nimmt er das Gut in Anspruch, wo

er

er es findet, ohne einige Rücksicht, wer indessen dasselbe besessen, wer und wie jemand inzwischen darüber disponirt habe. Der erste Stifter hat ihm, das weis er, das Gut zugedacht, sobald kein Andrer von dessen Descendenten mehr vor ihm am Leben wäre; dieser Fall trit jetzt ein, und so übernimmt er das ex providentia majorum ihm zugedachte Gut, als erhielte er es jetzt erst aus des ersten Stifters Händen. — So geschieht die Succession bey jedem sich ereignenden Sterbfall, so muß sie auch geschehen, wenn bei dem Tode eines Vaters, der sein Recht auf Besitz und Genuß veräußerte, dessen Kinder oder weitere Descendenten die nächste Stelle unter des ersten Stifters noch lebenden Agnaten einnehmen. Auch ihnen präjudicirt das factum patris nicht, da sie das Gut nicht von ihm, sondern vom ersten Stifter erhalten, da er hier keinesweges als ihr Vater oder Erblasser, sondern als eine dritte, zwar mit den nehmlichen Rechten versehen gewesene, jedoch in Ansehung der Succession in diese Rechte mit ihnen durchaus in keinem Verhältnisse stehende Person in Betracht kommt. — Und dieses muß, wie ich glaube, eben sowohl, als von bereits lebenden, auch von den zur Zeit der vorgenommenen Alienation noch nicht existirenden Descendenten gelten, da der von den meisten hierbey statuirte Unterschied lediglich auf der ganz falschen Voraussetzung beruht, als könne der Besitzer über Gerechtsame disponiren, die jetzt noch kein andrer erworben hat, und die nach einer solchen Disposition, wenn dereinst die Möglichkeit deren Erwerbs einträte, längst nicht mehr existiren. Dieser Grund ist offenbar nur trügend, denn um einem Besitzer eine solche Befugniß zuzugestehn, müssen die Gerechtsame nothwendig von der Art seyn, daß sie von

dem

dem Disponirenden abhängig sind; wie ließe sich aber wohl die Behauptung rechtfertigen, daß jemand einem andern, wenn gleich noch nicht lebenden, eventualiter Rechte entziehen könnte, die er ihm nicht gab oder zusicherte, und die er ihm auch nicht geben konnte, die demselben von einem andeen rechtmäßig Disponirenden für die Zeit seiner künftigen Existenz aufgespart sind, und deren temporelle Ausübung allein, ohne den mindesten Anspruch auf substantielle Zuständigkeit, jenem gestattet ist. — Und wenn den Vertheidigern dieser Meinung das Raisonnement genügt, "daß solchen, welche tempore re-„nunciationis weder nati noch nascituri waren, da ihnen „solchergestalt zur Zeit der geleisteten Renunciation die Exi-„stenz, als die allgemeine Bedingung zustehender Befug-„nisse überhaupt, und die Eigenschaft wirklicher Descen-„denten, als der Grund der in Frage seyenden Succes-„sions Befugnisse insbesondre, gefehlt habe, damals nicht „das mindeste Anspruchsrecht auf die Stammgüter selbst, „eben daher aber auch keine Befugniß, bei einer diesel-„ben betreffenden Disposition einwilligend oder widerspre-„chend mitzuwürken, geniessen konnten, folglich eine von „ihren ausschließlich dabey interessirten und dazu berech-„tigten Vorfahren vorgenommene Renunciation als zu „Recht beständig und vollgültig errichtet betrachtet wer-„den müsse, ohne daß dieselbe von nachherigen Descen-„denten des ersten Constituenten, deren dadurch erlittne „Läsion gar nicht einmal gedenkbar sey, impugnirt wer-„den dürfe, indem vielmehr diese, nachdem sie zur Exi-„stenz gelangt sind, sich ihre rechtlichen Verhältnisse über-„haupt, und insonderheit in Ansehung der Succession ge-„fallen lassen müssen, in welcher Lage sie solche antreffen;"

wenn,

wenn, sage ich, andern dies Raisonnement genügt, so scheint es mir vielmehr einem schönen Gebäude ähnlich, welches ins Auge fallend und regelmässig aufgerichtet, dennoch einer haltbaren Stütze gänzlich entbehrt. — Die ganze Scheinbarkeit dieses Arguments beruht allein auf der Voraussetzung des Princips, daß man berechtigt sey, alles dasjenige vorzunehmen, wogegen keinem andern ein Widerspruchsrecht competire, wodurch also keines andern Rechte gekränkt würden, daß es aber geradehin etwas unmögliches, gar nicht gedenkbares sey, die Rechte solcher Personen zu kränken, die rechtlicher Verhältnisse überall noch nicht fähig wären. Allein gegen diese beiden Sätze glaube ich noch manches erinnern zu können. Soll nach dem ersteren die Dispositionsbefugniß über einen Gegenstand bestimmt werden, so setzt doch dies voraus, daß mir überhaupt ein solches Dispositionsrecht bereits zustehe, und nur davon die Frage sey, in wie weit daselbe ausgeübt werden könne. Jene Regel bestimmt also nur die bei der Ausübung eines anerkannten Rechts zu beobachtenden Einschränkungen, findet aber da keine Anwendung, wo es an dem Dispositionsrechte selbst fehlt, am wenigsten also da, wo durch die ausdrückliche Bestimmung desjenigen, von dessen Willen allein ich alle an dem Gegenstande habende Gerechtsame ableiten muß, gerade dies Recht mir ausdrücklich versagt und entzogen ist. Auch fehlt es ganz an einem vernünftigen Grunde, wegen dessen man dem Besitzer einer Sache das Recht einräumen wollte, diese Sache nach Willkühr einem Dritten zuzuwenden, wenn bereits von einem andern, der zu einer solchen Bestimmung wohl befugt war, auf lange Zeiten hin alle künftigen Inhaber auf eine völlig rechtsbeständige Art

schon

schon im Voraus designirt sind? — Und ist es nun hieraus klar, daß dem Stammgutsbesitzer, der gerade in dieser Lage sich befindet, durchaus kein Dispositionsrecht über das Stammgut zukomme, so ist dies ein hinreichender Grund ihn auch von dessen Ausübung gänzlich auszuschliessen, da, sobald nur das einmal gewiß ist, daß ihm ein solches Recht nicht competirt, wie denn doch sogar der Begriff eines Stammguts dies schon mit sich bringt, es nun weiter durchaus nicht darauf ankommt, wem dies Recht eigentlich zustehe, und was es sonst damit für eine Bewandniß habe, ob auch jemand da sey, der ihn bey der anmaßlich vorzunehmenden Veräusserung hindern könne; genug er ist nicht dazu berechtigt, und so ist, wenn er sie demungeachtet vornimmt, seine Handlung widerrechtlich, und daher null und nichtig, und entbehrt aus diesem Grunde der dadurch beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ganz und gar; so wie daher in der Folge jemand auftrit, dem nun ein, wenn gleich erst nachher entstandnes Wiederspruchsrecht competirt, so kann er dies ausüben, ohne daß ihm dabey eine durchaus ungültige und mithin als ungeschehen zu betrachtende Handlung (l. 5. C. de legibus. reg. 64. de R. J. in 6to.) seines Vorgängers auch im mindesten nur im Weg stehen könnte. — Dies zur Wiederlegung jenes ersten Satzes, allein der zweite vermag eben so wenig eine gründliche Prüfung auszuhalten. Die Behauptung nemlich, daß es erlaubt sey, solche Handlungen vorzunehmen, wodurch gewissen noch nicht existirenden Personen, denen bei ihrer dereinstigen Geburt gewisse Rechte zugedacht sind, der Erwerb dieser Rechte auf diesen Fall unmöglich gemacht wird; — daß dies deshalb erlaubt sey, weil ein gegenwärtig von ihnen auszuübendes Widerspruchsrecht

gar

gar nicht einmal gedenkbar ist, und sie bei ihrer nachherigen Geburt, sich alle Rechtsverhältnisse, so wie sie sie finden, gefallen lassen musten, diese Behauptung ist einestheils völlig ungegründet, und würde anderntheils, wenn man sie zugeben wollte, zuviel beweisen, würde auch in andern Fällen zu Folgerungen berechtigen, die mit bereits feststehenden Rechtsprincipien durchaus unverträglich sind. Was das erstere betrift, so scheint es mir zu dessen Beweis nur einer etwas veränderten Ansicht zu bedürfen. Bekannt ist es, daß es gewisse im strengsten Sinne sogenannte Realrechte giebt, die an einem gewissen Gegenstande haften, ihm gewissermaßen unzertrennlich inhäriren, und so mit demselben auf jeden Inhaber desselben übergehen. Eben so kann ich mir gar wohl eben dergleichen Real Verbindlichkeiten denken, die auf gleiche Art als beständiges annexum mit einem gewissen Gegenstande verbunden sind, und so ebenwohl von jedem Inhaber dieses Gegenstandes, als solchem, erfüllt werden müssen, — die als eigenthümliche Qualität desselben fortdauern, wenn gleich jetzt gerade Niemand vorhanden ist, der die Erfüllung derselben exigiren könnte. — Und als einen solchen Gegenstand möchte ich nun auch ein Stammgut betrachten: Dem ersten Constituenten stand über daselbe ein volles Eigenthum zu, er konnte mithin nach beliebigen Zwecken darüber disponiren, wie und auf welche Art es ihm beliebte. Er sonderte das Gut von seinem übrigen Vermögen ab und bestimmte es zu dem besonderen Zwecke: auf undenkliche Zeiten, so lange nur deren vorhanden wären, in den Händen seiner agnatischen Descendenten zu seyn. Ohne Rücksicht auf einzelne individua widmete er es dem Inbegriff der von ihm abstammenden Familien-

glieder, welche allein es besitzen und von einem auf den andern transferiren sollten. Durch eine solche Bestimmung verband er offenbar mit dem Stammgute selbst und dessen Besitze die Verbindlichkeit, daselbe so zu behandeln, daß dadurch der von ihm, dem Stifter, damit beabsichtigte Zweck vollkommen erreicht werde, und nichts zu unternehmen, was dessen Realisirung hinderlich seyn könnte. Diese Verbindlichkeit übernimmt daher jeder Besitzer des Stammguts durch den Besitz und vermöge des Besitzes, ihm muß sie unverletzbar seyn, auch wenn jetzt gerade kein Mensch existirt, der bei deren Aufrechthaltung interessirt wäre, und gegen eine Contravention protestiren könnte; so lange nur noch die Möglichkeit vorhanden ist, daß vielleicht noch dermaleinst ein solcher existiren, und von dem jener Verbindlichkeit gegenüberstehenden, ihm ex providentia majorum durch Verknüpfung mit dessen Gegenstande reservirten Rechte Gebrauch machen werde. — Ueberdies aber würde zweitens, eine gegentheilige Entscheidung, wenn man sie, wie doch bei dergleichen auf einem besondern Gesetz nicht beruhenden Argumenten stets thunlich seyn muß, zur Consequenz ziehen und auf andre ähnliche Fälle anwenden wollte, sich offenbar als völlig ungegründet, ja sogar als gesetzwidrig darstellen. Es würde nehmlich aus der Billigung des Princips, daß man in Ansehung noch nicht lebender Personen der Möglichkeit des Erwerbs ihnen auf den Fall ihrer Existenz zugedachter Befugnisse entgegegen zu handeln, berechtigt wäre, nichts anders folgen, als daß auf gleiche Art: 1) wenn jemand in seinem letzten Willen ein Römisches Fideicommiß anordnet, dessen Object der fiduciarius an gewisse jetzt noch nicht lebende Personen nach ihrer

Ge=

Geburt restituiren soll, er dazu keineswegs verbunden wäre, wenn er nur, ehe diese nascituri werden, auf eine andre Art darüber disponirt; denn ein ius contradicendi ist ja von ihrer Seite gar nicht gedenkbar, und wenn sie geboren werden, ist der Gegenstand ihres jetzt zu erwerbenden Rechts, als solcher, längst nicht mehr vorhanden. Eben so könnte 2.) ein Vater, der über sein Vermögen einen Erbvertrag errichtet f.), ehe er Kinder hat oder erwarten kann, über sein ganzes Vermögen vollgültig disponiren, ohne an einen diesen dabey auf den Fall ihrer Existenz zu reservirenden Pflichttheil zu denken, und demungeachtet würde sein letzter Wille von nachher gebornen Kindern nicht angefochten werden können, denn sie müssen sich ja alle ihre Rechts Verhältnisse in der Lage gefallen lassen, worin sie sie bei ihrer Geburt antreffen; was vorher zu deren Schmälerung geschah, geht ja sie nichts an, da sie, denen sogar die allgemeinste und erste Bedingung zustehender Befugnisse, die Existenz selbst, fehlte, bei jener Disposition einwilligend oder widersprechend mitzuwürken durchaus nicht fähig waren. — Diese beiden Sätze sind unfehlbare logisch richtige Folgerungen aus obigem Princip, und demungeachtet müste einer selbst in den ersten Anfangsgründen der Jurisprudenz unerfahren seyn, der nicht sogleich das auffallend unrichtige, deutlich redenden Gesetzen geradezu widersprechende derselben auf den

f.) Das Beispiel eines Testaments darf ich hier um deswillen nicht wählen, weil der ganze Act des Testirens von den Gesetzen als im Tode geschehen betrachtet, und auf eine nur zufällige frühere Verfertigung keine Rücksicht genommen wird.

ersten Blick einsehn sollte. Ist aber dies, was läßt sich daraus anders für ein Schluß ziehen, als — daß jenes Princip selbst unrichtig und der daraus auf Stammgüter gezogene Schluß nur auf Schein und Täuschung gegründet seyn müsse. Wie so ganz ungezweifelt dieses behauptet werden könne, will ich nun noch kürzlich durch eine gedrängte Uebersicht und Widerlegung von dessen einzelnen Bestandtheilen zeigen. Eigentlich beruht nehmlich die Argumentation der Gegner auf einem zweifachen Schluß, der sich jedoch auch folgendergestalt zusammenziehen läßt: Recht ist ein Verhältniß zwischen Personen, (dem Berechtigten und Verbundnen) kein Recht also ohne einen Berechtigten, keine Verletzung ohne einen Verletzten. Nun existiren aber in obigem Fall die Personen, die bei einer solchen Veräusserung als Verletzte betrachtet werden können, zu der Zeit, wo sie vorgenommen wurde, noch nicht. Also ist diese Handlung keine Verletzung, also nicht unrechtlich, sondern rechtlich, und kann mithin nicht angefochten werden. — Bei diesem Schluß aber läßt sich ein jeder der drey Sätze angreiffen, denn 1) die Allgemeinheit des Obersatzes erscheint als Unrichtigkeit, wenn man unter dem Vorhanden seyn der erforderlichen Personen ein gegenwärtiges Existiren versteht; indem es keinesweges nöthig ist, daß man bestimmte Individuen, denen oder gegen welche das befragte Recht competirt, angeben könne, wenn sich nur überhaupt jemand nachweisen läßt, der als Subject bei dem rechtlichen Verhältniß betrachtet werden kann; wie denn davon die vorhin erwähnten Real Rechte und Verbindlichkeiten den deutlichsten Beweis abgeben. — 2.) Auch der Untersatz ist durchaus falsch, denn es existirt hier wirklich

ein

ein Berechtigter, der durch die Veräußerung verletzt wird. Es ist dies nehmlich nach dem obigen der Verstorbene, repräsentirt durch den Staat, dessen Gesetz einmal letzte Willens Bestimmungen garantirte. — Selbst aber 3.) auch die Conclusion kann nicht so geradehin zugegeben werden, indem ja bekanntlich eine Handlung rechtlich gewesen seyn kann, aber nachher es zu seyn aufhört, also retro null wird. Eine solche kann immer, solange der annullirende Umstand noch nicht existirt, als völlig rechtsbestehend passiren, wird aber demungeachtet, so wie derselbe nun erscheint, alsdann wenigstens angegriffen werden können.

§. 11.

C.) In Rücksicht auf den Renuncianten selbst.

So wäre nach dem bisher ausgeführten nunmehr auch das völlig erwiesen, daß eine Renunciation auf Stammgüter selbst für diejenigen Descendenten, welche tempore renunciationis weder nati noch nascituri waren, unverbindlich sey. Allein ich gehe noch weiter und behaupte: III.) daß sogar der Renuncians selbst für seine Person nicht gebunden ist. — Die Gründe, welche dieser etwas auffallend scheinenden, demungeachtet aber gewiß richtigen Behauptung zur Seite stehn, habe ich oben weitläuftiger auseinandergesetzt, wo von der Verbindlichkeit der Erben, eine durch ihren Erblasser unternommene Alienation nicht zu widerrufen, die Rede war. (§. 9.). Was von diesen, die rechtlich ganz für eine Person mit ihrem Erblasser gehalten, und nach völlig gleichen Rechts-Grundsätzen beurtheilt werden müssen, einmal gelten soll,

muß

muß auch von demselben ebenwohl selbst gelten. Auch er, wenn er den Besitz des Stammguts verlangt, und zu dem Ende daselbe aus den Händen dessen, dem er selbst es vorher gegeben, wieder zurückfordert, verfolgt hierin keineswegs sein eignes Recht, es ist vielmehr ein fremdes, ihm und nur ihm zu seinem persönlichen Gebrauch anvertrautes Recht, das er gar nicht weggeben kann, worüber ihm schlechterdings keine Dispositionsbefugniß zusteht. Er muß das Gut selbst wider Willen behalten und besitzen, oder es dem zurückgeben, von dem er es, nicht unbeschränkt, sondern zu einem genau bestimmten Zweck, erhielte. Die Erfüllung dieses Zwecks ist conditio sine qua non aller ihm eingeräumten Befugnisse, und wenn gleich sein auctor (der erste Stifter) nicht mehr lebt, und auf der Erfüllung jener Bedingung bestehen kann, so ist der Staat an seine Stelle getreten, und kann verlangen, daß derselben nachgelebt werde. Hier ist also kein dritter Ausweg, entweder der destinirte Besitzer muß das ihm concedirte Recht ganz aufgeben, mithin an dem Gute gar kein Recht, also auch kein Veräusserungsrecht haben und ausüben wollen, oder er muß sich auf die bestimmte Befugnisse einschränken, die ihm rechtlich allein nur vergönnt sind, muß folglich all sein Recht lediglich als bedingt durch die vorgeschriebene Art des Gebrauchs ansehn, und darnach handeln. Von diesem Gesichtspunct ausgegangen fällt es in die Augen, daß wenu nun ein solcher temporärer Stammgutsinhaber demungeachtet daselbe alienirt, oder eigentlich zu reden, das Formelle einer rechtlich ganz unmöglichen Alienation vorgenommen hat, dies mit so wenigem Effect verbunden seyn könne, daß wenn er die geschehene Alienation widerrufen, und das

Gut vindiciren will, die sonst hier eintretende exceptio rei venditae et traditae ihm nicht einmal obmovirt werden könne. Er hatte durch die Alienation eine nicht blos ungültige, nein in der That eine widerrechtliche Handlung unternommen, nicht blos sein Recht weggegeben, sondern in fremde Gerechtsame eingegriffen; er muß, es ist vollkommne Verbindlichkeit für ihn, diese wieder zu salviren, welches doch nicht anders, als durch Zurücknahme des veräusserten Gutes geschehen kann; wobei sich jedoch vollständige Schadloshaltung für den cessionarium von selbst versteht. Er handelt aber streng genommen bei der Zurücknahme nur mandatario nomine, er klagt im Nahmen eines Andern, dessen Rechte er nur versieht und benutzt, nicht wirklich erworben hat. So wie z. B. ein Pachter, der das gemiethete Gut verkaufte, solches ohne Zweifel nomine locatoris vindiciren kann, ohne dabey einer exceptio rei venditae et traditae entgegensehn zu müssen, die hier so wenig gegen diesen, als im obigen Falle gegen jenen statt finden kann, da gegen ersteren nur von Seiten des getäuschten Mitcontrahenten eine Klage auf den vollständigsten Schadensersatz begründet ist. — — Will man nun aber nach diesen Grundsätzen dem alienirenden Stammgutsbesitzer solchergestalt die Befugniß zugestehn, das veräusserte Gut, wenn er es seiner Convenienz angemessen findet, non obstante alienatione, zurückzufordern, will man ihm diese Erlaubniß insonderheit darum verwilligen, weil er ohne die wesentliche Bedingung aller seiner an dem Gute habenden Ansprüche gänzlich aufzuheben, den Besitz desselben nicht verlassen darf, weil er nothwendig entweder selbst besitzen, oder sich in der Reihe der Stammgutsberechtigten gänzlich aus-

ausstreichen lassen muß; so folgt, daß eine solche Alienation auch dann nicht zugelassen werden dürfe, wenn selbst der alienans sich dabey beruhigt, und dieselbe gern bei Kräften erhalten möchte. Der Staat muß nun, vermöge seiner, mehrmals schon ihm beigelegten Qualität als Repräsentant des verstorbenen ersten Stifters, selbst darauf sehen, daß dessen Anordnungen durchgehends befolgt werden. Zeigt also einer der von jenem bestimmten Successoren durch gänzliches Nichtachten des ihm auferlegten Veräusserungs Verbots, daß er die Zwecke des Stifters, und in diesen die nothwendigen Bedingungen seiner Succession nicht erfüllen will, so halte ich, allenfalls nach vorgängiger wiederholten Einschärfung seiner Verbindlichkeiten den Staat für vollkommen berechtigt, ihn nun auch seiner Rechte an dem Stammgut für durchaus verlustig zu erklären, und solches den Händen des Nächsten unter den darauf Berechtigten zu überliefern. g.) — Schließlich bemerke ich noch, daß alles bisher Gesagte nur mit der Einschränkung gilt, wenn die Veräusserung an einen extraneum geschah, dann aber nicht Platz greife, wenn einer aus der Familie, der ebenwohl, nur später, successionsfähig ist, in den Besitz kommt, denn da gilt nach dem obigen (§. 7.) die Alienation ad vitae tempus.

§. 12.

---

g.) In wie fern dieser jenem dafür einigen Ersatz zu leisten, angehalten werden könne, würde dann noch zu untersuchen seyn; ich berühre nur kürzlich einen etwaigen Entscheidungsgrund, den nehmlich, daß doch der jetzige Besitzer einen ihm eigentlich noch nicht zukommenden Vortheil genießt, und dagegen der vorherige (Vertriebene) durch einen gänzlichen Verlust aller ihm vorher zu Theil gewordenen Nutzungen, allzu hart bestraft seyn dürfte.

§. 12.

II.) Von der Aufhebung der Stammgutsqualität mit Einwilligung aller lebenden Intereſſenten.

Im Grund iſt die Frage, ob eine ſolche Aufhebung eines Stammguts gültig geſchehen könne, mit der in den vorigen §§ beantworteten: Ob eine Renunciation auf das Stammgut für noch nicht lebende Descendenten verbindlich ſey? — ſo ſehr connex und davon abhängig, daß zu deren Beantwortung hier kaum noch etwas Neues zu ſagen übrig iſt. Ueberhaupt bemerke ich jedoch, daß wenn hier von einigem dabey obwaltenden Zweifel die Rede ſeyn ſoll, der beſondre Fall als davon ausgeſchloſſen gedacht werden muß, wenn der noch übrigen Stammgutsberechtigten ſo wenige, und dieſe wenigen in einer ſolchen Lage ſind, daß es ſich mit Gewißheit voranſſehen läßt, es werden dieſe ohnehin die Letzten ſeyn, und keine in Zukunft weiter geboren werden. In einem ſolchen Falle iſt die Befugniß. mit gemeinſchaftlicher Einwilligung noch bei ihrem Leben die Stammgutsqualität aufzuheben, keiner Bedenklichkeit unterworfen, darf jedoch auch da, wie ich unten im letzten § ausführen werde, nur auf den Todesfall geſchehen. Allein wenn nun dieſe Umſtände noch nicht ſo eintreten, wenn es alſo noch ungewiß iſt, ob nicht in der Folge noch mehrere Descendenten geboren werden, die auf Beſitz und Genuß des Stammguts Anſpruch machen können, dann fragt es ſich, ob nun nicht durch Mitwürkung ſämmtlicher jetztlebenden Agnaten die Stammgutsqualität dennoch auf eine für die jetzt ſelbſt nicht als naſcituri exiſtirenden Nachkommen auch auf den Fall ihrer dereinſtigen Exiſtenz rechtsverbindliche Art aufgehoben

ben werden könne? — Und darauf antworte ich: Ist es durch die oben von mir ausgeführten Gründe einmal erwiesen, daß ein jetziger Stammgutsbesitzer zum Präjuditz seiner noch nicht gebornen Nachkommen dem Stammgute zu renunciren keinesweges berechtigt sey, so muß, was hierin von einer einzelnen Linie gilt, aus den nehmlichen Gründen auch für die ganze Familie eine Entscheidungsnorm abgeben. — Den ersten Constituenten des Stammguts habe ich gleich anfangs bei Anführung der Grundprincipien, worauf diese ganze Lehre beruht, als einen solchen dargestellt, welchem, wenn seine Stiftung überall auf eine rechtsbegründete Art geschehen soll, ein volles und völlig unbeschränktes Eigenthum an dem zum Stammgute bestimmten Gegenstande zustehen müsse. Mehrmals habe ich in der Folge von diesem Grundsatze Gebrauch gemacht, und auch hier führe ich ihn an, um mich desselben zu besserer Erläuterung meiner Behauptung bedienen zu können.

Dies volle Eigenthum gab nehmlich dem Inhaber ohne Zweifel die Befugniß, ganz nach Willkühr nnd zu beliebigen Zwecken, über den ihm zugehörigen Gegenstand zu verfügen, sich einen Nachfolger darin zu ernennen, welchen er wollte, und diesem so viele und so wenige Rechte daran zuzugestehen, als er für gut fand. Er übte diese Befugniß aus, dadurch, daß er zu dem Zwecke, seiner Familie, auch wenn sie ausserdem einmal zurückkommen sollte, durch den Besitz des Gutes einen gewissen Glanz zu erhalten, und den Besitzern desselben durch dessen Genuß eine Gelegenheit zu verschaffen, das äussere Ansehn zu behaupten, was er ihnen als Erben seines

Nah-

Nahmens wünschte, die sämmtlichen diesen seinen Nahmen führenden Glieder derselben successive zu seinen Nachfolgern ernannte, jedoch ihre an dem Gute habende Gerechtsame eben, um diesen Zweck um so sicherer und um so später hin noch zu erreichen, auf Lebenslänglichen Besitz und Genuß lediglich beschränkte. So ward aus dem vorigen Allodialgut nunmehr ein Stammgut. Die Dauer dieser Qualität ist von demjenigen, der einzig darüber vollgültig disponiren konnte, durch seine Stiftung selbst schon relativ bestimmt, auf den Zeitpunct nehmlich, wo es unmöglich würde, den damit beabsichtigten Zweck ferner zu erreichen, d. h. wo keine seiner Descendenten mehr existiren würden, welche mit den zur Stammgutssuccession erforderlichen Eigenschaften versehen wären. Ehe es also unumstößlich gewiß ist, daß solche dermaleinst nicht mehr existiren werden, ist der Zeitpunct noch nicht gekommen, auf welchen der Wille des vormaligen Eigenthümers und Stifters die Fortdauer der Stammqualität beschränkte, und eher sind also auch diejenigen, welche ex beneficio constituentis bestimmte Rechte an dem Stammgut geniessen, nicht befugt, auf eine volles Eigenthum voraussetzende Art seinen noch nicht vollständig erreichten Zwecken entgegen zu würken. — Doch was bedarf es hier einer weiteren Ausführung, da alle in den vorigen §§ angeführten Gründe durchaus auch hierher einschlagen und auch hier zur Entscheidung dienen. Darauf also berufe ich mich, um meine obige Behauptung zu rechtfertigen: Daß ein Stammgut selbst mit gemeinschaftlicher Einwilligung aller lebenden Descendenten auf eine für später existirende Descendenten verbindliche Art nicht aufgehoben werden könne.

§. 13.

§. 13.

b.) Beurtheilung einiger andern Meinungen:

1.) nach gemeinem Recht.

Wie wenig man inzwischen bisher über die hier entschiedene Frage sich vereinigen können, dies noch in der Kürze zu beweisen, wähle ich unter hundert Beispielen nur eins der auffallendsten, so sich im 1ten Bande von *Behmer* ius controversum befindet. Dieser nehmlich hat in der 50ten Observation zwey hierher gehörige, in facto beinahe völlig gleiche, Fälle angeführt, die jedoch vom Cammergericht zu Berlin nach durchaus verschiednen Grundsätzen entschieden sind. Der erste, meiner Meinung nach vollkommen richtig dahin, daß eine mit gemeinschaftlicher Einwilligung sämmtlicher lebenden Interessenten geschehene Aufhebung der Stammqualität nicht zu Recht bestehe. Indessen kann ich, ungeachtet man sich auf *Knipschilt* (de fideicommissis familiarum nobilium. cap. XI. §. 394. sqq:), der doch ganz von dem wahren Gesichtspuncte ausgeht, bezogen, dennoch die allegirten Entscheidungsgründe nicht billigen. Man hat diese nehmlich aus dem Römischen Recht genommen, und sich namentlich auf l. 26. C. de fideicommissis bezogen, auch paßt dessen Disposition, quod nempe fiduciarius absque fideicommissario nihil mutare possit, ganz gut hieher, indem man sehr schicklich alle Zwischenbesitzer als Fiduciarius: und erst die spätesten Nachkommen, oder eigentlich nur den ultimum suae gentis (§ 21.) als Fideicommissarium ansehn, und auf diese Art die von jenen geschehene Aufhebung ohne Zustimmung von diesen, welche alsdann noch nicht einmal möglich ist, für gesetzwidrig erklären,

klären kann, wenn nur nicht überhaupt das Römische Recht als Quelle, hier gänzlich zu verwerfen, und dessen vielleicht zufällig passende Anwendung in einzelnen Fällen, wegen der für das Ganze hieraus zu besorgenden nachtheiligen Folgerungen so sehr gefährlich wäre. — Der zweite Fall hingegen entscheidet nach *Cramer* (in opusc. T. IV. p. 87 seqq) für die Gültigkeit einer von sämmtlichen lebenden Agnaten gemeinschaftlich beschlossenen Aufhebung des Stammguts und zwar aus dem Grunde, weil der Sohn, als des Vaters Erbe, mithin auch die Descendenten der paciscirenden Familienglieder, als deren Erben, an die Facta derselben gebunden seyen. Dies behauptet auch *Wernher* in observ. forens. T. II. P. VI. obs. 384; die Unrichtigkeit dieser Meinung habe ich inzwischen bereits oben im 12ten § vollständig erwiesen, und kann mich also nur darauf gegenwärtig beziehen; bemerke jedoch, daß man auch schon darum das letztgedachte Präjudicium nicht wohl gegen mich allegiren könne, weil dabei noch verschiedene factische Voraussetzungen, z. B. die von dem Sohne geschehene Anerkennug des väterlichen Willens und andre, hinzutreten, welche das Cammergericht gar leicht zu einer solchen Entscheidung veranlassen konnten.

§. 14.

2.) mit Rücksicht auf Hessisches Recht.

Bei dieser Gelegenheit darf ich jedoch eine Rücksicht nicht übergehen, nach der man gerade hier in Hessen jene Rechtsfrage lediglich zu beurtheilen scheint. Daß auch hier die blose Einwilligung sämmtlicher lebender Familienglieder

glieder nicht hinreichend gehalten werde, um ein Stammgut aufzuheben, hat Herr Justitzrath Wittich (in der Vorrede zum 3ten Theil des Handbuchs zur Kenntniß der hessischen Landesverfassung und Rechte) durch hinreichende Gründe ausser Zweifel gesetzt, und es kommt vielmehr noch auf die Frage an: in wiefern sich die Befugniß zur Aufhebung solcher Anordnungen von Seiten der höchsten Staatsgewalt auf rechtliche Gründe zurückführen lasse, und in wie fern insonderheit der dadurch zu befördernde Vortheil der Familie hierbei entscheide? — Herr Justitzrath Wittich zieht zwar aus den von ihm angeführten Beispielen allgemein den Schluß, daß man jene Befugniß als ein zur Beförderung des gemeinen Besten oder des Vortheils der Familie auszuübendes Recht der obersten Gewalt betrachte, auch leidet dies in Ansehung der erstern, obgleich nur seltnen, Voraussetzung wohl keinen Zweifel, da es ja immer bei staatsrechtlichen Collisionsfällen Regel ist, daß die Zwecke des Einzelnen nachstehen müssen, sobald mit ihnen die Erreichung von denen der ganzen Staatsgesellschaft nicht zu vereinigen steht; indessen halte ich dafür, daß in Betreff der zweiten Voraussetzung, des Vortheils der Familie nehmlich, sich noch manche nähere Bestimmungen anbringen lassen, die zur völligen Rechtfertigung jenes Grundsatzes durchaus mit berücksichtigt werden müssen; — Vorerst hierüber einige allgemeine Bemerkungen.

Bei eigentlichen altteutschen Stammgütern, solchen, wie ich dieselben gleich anfangs genauer beschrieben, und seither beständig vor Augen gehabt habe, ist, wie ich mehrmals erwähnte, der einzige heutzutage in Betracht

tracht kommende Zweck: fortdauernder Glanz des Familien Nahmens. Seinem Nahmen wollte der Stifter dadurch ein Denkmal setzen, sich dadurch gewissermaßen auf undenkliche Zeiten als fortexistirend betrachtet wissen, und darum das Stammgut, solange es irgend möglich wäre, nur solchen gönnen, die durch Abstammung von ihm seinen Familien Nahmen führten, und die als Besitzer jenes eigenthümlichen Familien Gutes, das eben durch seine perpetuirliche Bestimmung, ebenfalls den Nahmen seines unveränderlichen Besitzers annehmen würde, in jedem Augenblick, und weit mehr, als dies von ungewisser persönlichen Auszeichnung erwartet werden konnte, eben diesen Nahmen in eines Jeden Erinnerung aufzubewahren vermöchten. Dies ist offenbar ein blos eigennütziger Zweck, ein Zweck, durch dessen Erreichung der Stifter keinesweges das Beßte seiner Familie zu befördern, sondern lediglich seinen eignen Ehrgeitz zu befriedigen, die Absicht hatte. Wäre es nur Vorsorge für das Wohl seiner Nachkommen gewesen, was ihn bei Errichtung des Stammguts leitete, warum hätte diese Vorsorge nur ausschließlich seine männlichen Nachkommen, und unter diesen selbst nur diejenigen, welche durch Männer von ihm abstammten, betroffen, warum sollten nicht auch Weiber und cognatische männliche Descendenten daran Antheil nehmen, was konnte ihn bewegen, diesen ganzen vielleicht nicht minder ausgedehnten Zweig seiner Nachkommenschaft von jenem Beneficio so gänzlich auszuschliessen, und wohl gar der Begünstigung von jenen das ganze Glück von diesen zum Opfer zu bringen? — Wohl nicht leicht etwas anders, als weil diese nicht eben so, wie jene, den Nahmen des ersten Stifters zu conserviren und in äusserem Glanz zu

erhal-

erhalten vermögen, wie denn nur dies bei ächtteutschen, rein agnatischen Stammgütern stets die einzige Rücksicht ist, die man vernünftigerweise bei denen dabey statt findenden Eigenheiten in Ansehung der Translationsart und Successionsfähigkeit zum Grunde legen kann.

Dahingegen findet man häufig eine andre jenem Institut sehr ähnliche Anstalt, die auch mit dem Nahmen einer Stammgutsstiftung belegt, in der That aber nur uneigentlich als solche betrachtet wird; ich meyne nehmlich diejenige Stiftung eines Familien Gutes, wobey zwar sonst gleiche Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei dem wahren Stammgute, eintreten, bei der Erbfolge jedoch Weiber und Cognaten nicht ausgeschlossen, sondern den Agnaten völlig gleich gehalten werden sollen. Bei einer solchen Stiftung kann jener Zweck durchaus nicht mehr in Betracht kommen, da schon deren Inhalt selbst ihn gänzlich vereitelt. So wie nehmlich das Gut nur ein einzigesmal einem Cognaten oder weiblichem Descendenten zufällt, so hat es, für so lange wenigstens, einen Besitzer ohne des ersten Stifters Nahmen, einen Verwandten von ihm, aber kein Familienglied im engeren Sinne; das Gut ist während dieses Besitzes ausser der Familie befindlich zu betrachten, es ist für so lange nichts übrig, was augenfällig an den ersten Stifter erinnerte, und er selbst hat durch Zulassung einer solchen Successionsart zugegeben, daß es ihm um die Erhaltung seines Nahmens in jedem Momente der Zukunft nicht vorzüglich zu thun war, sondern daß vielmehr Gründe der Billigkeit und einer gleichen Vorsorge für seine sämmtlichen Verwandten, als die eigennützige Absicht, ohne Rücksicht auf das

wahre Beßte derselben, nur seinen Nahmen durch sie zu verewigen, seine Bestimmung leiteten. Wenn bei Errichtung eines wahren agnatischen Stammgutes der erste Stifter nur der Betrachtung Raum gab, wie er sich für die Zukunft am dauerndsten und sichersten im Andenken der Nachwelt erhalten könnte, wenn er diesemnach bei der Auswahl der ihm succedirenden Verwandten nur die Qualität derselben respectirte, welche jenen Wunsch am meisten begünstigte, und solchergestalt die zu seinen Successoren bestimmten lediglich als Mittel zu Erreichung seiner blos eigennützigen Absichten gebrauchte; so hatte dagegen der Stifter eines Familiengutes im weitern Sinne bei weitem edlere Zwecke vor Augen. Die Zulassung der cognatischen Succession machte eine längere Conservation und einen gröseren Glanz des Familien Nahmens durch den Besitz des Gutes sogleich gänzlich unerreichbar, belegte der Stifter also auch ohne diese Absicht das Gut mit einem Veräusserungsverbot, und bestimmte dabey eine von der gemeinrechtlichen abweichende Successionsart, so konnte ihn dazu nicht wohl etwas anders, als die Beförderung des wahren Wohls seiner Verwandten bestimmen, er hoffte dadurch die Nachtheile einer unnützen Verschwendung von Seiten irgend eines seiner Nachkommen zu verhindern, oder ihm wenigstens dabei gewisse Schranken zu setzen, und wünschte, auf diese Art seinen spätesten Nachkommen ein Mittel in die Hände zu liefern, was ihnen bei sonstigen widrigen Schicksalen noch Unterstützung gewährte. Bei diesem Zwecke kam es ihm nicht darauf an, daß nur eine bestimmte Classe seiner Descendenten diesen Vortheil genösse, vielweniger konnte ihm daran etwas gelegen seyn, ob die künftigen

Besitzer auch seinen Nahmen führten und diesem durch den Besitz des Gutes Ansehn verschafften; nein! ihm war es gleichgültig, welcher von seinen Verwandten, wenn nur einer von diesen, zu dem Besitze des Gutes gelangte, keiner sollte davon ausgeschlossen seyn, sobald ihn die gewählte Successionsordnung träfe; denn das Beßte des ganzen Inbegriffs seiner descendirenden Verwandten war ja sein einziges Ziel. — Doch werde ich mich hierüber im 16ten Paragraphen noch näher erklären.

Ausser den beiden bisher erwähnten Gattungen von wirklichen oder sogenaenten Stammgütern, giebt es nun noch ein drittes Institut, welches damit einige Aehnlichkeit hat und häufig damit verwechselt wird; es sind dies die Römischen Familienfideicommisse, die jedoch schon ihrer Benennung nach als blos Römisches Institut, auch blos nach Grundsätzen des Römischen Rechts zu beurtheilen sind. Es treten aber, wenn ich den Zweck derselben betrachte, bei ihnen ganz die nehmlichen Bestimmungen ein, als bei cognatischen Stammgütern; bei jenen, wie bei diesen, sind nicht eigne Zwecke des Stifters, sondern die Beförderung der Zwecke seiner Verwandten und Nachkommen die eigentliche Grundlage der Stiftung, nur auf Conservation — nicht des Familien Nahmens, wovon die Römischen Gesetze keine Spur zeigen, — sondern des wahren inneren Wohlstandes der Familie ist es dabei lediglich abgesehn, nur dieser soll durch die Unmöglichkeit einer Alienation der vererbten Vermögensmasse befördert und möglichst lange hin gesichert werden. Daher also werden bei diesen beiden Gattungen, den Römischen Familienfi-

fideicommissen sowohl, als den cognatischen Stammgütern, in rechtlicher und insonderheit der hier vorliegenden Rücksicht, ganz die nehmlichrn Grundsätze entscheiden, welche von einer derselben gelten, und ich glaube daher, mit Vorbehalt einer etwas näheren Bestimmung in Ansehung der ersteren, beide nachher Einem Urtheil unterwerfen zu können.

Komme ich nun nach diesen Vorbemerkungen auf den eigentlichen Inhalt der oberwähnten Rechtsfrage: inwiefern nehmlich wegen des gröseren Vortheils der Familien-Glieder ein Familienfideicommiß im weitesten Sinne des Worts mit deren aller Einstimmung von der höchsten Staatsgewalt aufgehoben werden könne, zurück, so scheint mir diese lediglich nach den Grundsätzen der rechtlichen Anwendbarkeit der clausula rebus sic stantibus beurtheilet wetden zu können. Will man nehmlich überhaupt ein Recht anerkennen, wegen des eignen Beßten einer Famllie einer solchen Stiftung ihre Krafft zu benehmen, so kann dies doch immer auf keinen andern Titel gegründet werden, als auf die allgemeine Befugniß und Verbindlichkeit des Staats, die Zwecke desjenigen möglichst zu unterstützen, welcher nach Vorschrift der Gesetze seinen Willen hierüber erklärte und dabey auf die gesetzlich anerkannte Gültigkeit letzter Willens Verordnungen sein Vertrauen setzte. Denn so wie durch das hieraus entstehende Verhältniß des Staates gegen den Verstorbenen ersterer unleugbar berechtigt nnd verbunden wird, nichts zuzulassen, wodurch die Erfüllung der von demselben beabsichtigten Zwecke erschwert oder verhindert würde; eben so glaube ich aus gleichem Grunde dem Staate die Befugniß

zugestehen zu dürfen, in dem Falle, wo durch veränderte nicht vorher gesehene Umstände die Lage der Sachen selbst so gänzlich anders wird, daß nunmehr der bestimmte Zweck des Disponenten nicht mehr erreicht werden kann und vielmehr die von demselben getroffene Einrichtung der Erfüllung seiner Absicht gegenwärtig geradezu entgegen würkt, alsdann auch den Willen des Stifters selbst als verändert anzusehen, und in dieser Hinsicht die nunmehr zwecklos erscheinenden Verfügungen desselben, vermöge der höchsten Staatsgewalt und des hierdurch begründeten Repräsentationsrechts des Verstorbenen, in dessen Namen zurückzunehmen. Ein solcher Akt kann jedoch immer nur als Ausnahme von allgemeinen Gesetzen für einen bestimmten Fall betrachtet, und daher die Befugniß dazu auch nur demjenigen, welcher die Gesetze gab und von dem ihre Aufrechthaltung lediglich abhängt, also von der höchsten Staatsgewalt unternommen werden; kein Richter, und wäre es das erste Justizcollegium im Staate, darf sich dazu berechtigt halten, denn eines solchen Obliegenheit ist es, nach vorhandenen Gesetzen zu urtheilen, nicht aber deren Verfügungen in einzelnen Fällen zu suspendiren.

Diesen Grundsätzen nun die einzelnen Gattungen der Familienfideicommisse unterworfen; so ergiebt sich aus der Verschiedenheit von deren oben näher auseinandergesetzten Zwecken, auch in der Beurtheilung derselben folgende Verschiedenheit: 1.) Eigentliche altteutsche oder rein agnatische Stammgüter können selbst auf diese Art, vermittelst einer Dispensation von Seiten des Landesherrn, wegen des gröseren Vortheils der Familie, nicht aufgehoben

hoben werden. Denn wäre es auch noch so ungezweifelt gewiß und augenscheinlich erwiesen, daß die Nachkommen des ersten Stifters weit mehr Schaden, als Nutzen von der gestifteten Anstalt hätten, so trifft und alterirt dieses den Zweck derselben ganz und gar nicht, denn dieser bezielt ja den wahren Vortheil der Familie durchaus nicht. Die Absicht des Stifters war Befriedigung seines Ehrgeitzes und nicht die Beförderung des Wohlstandes seiner Descendenten †); diese sollten sich ja als Besitzer des Stammguts nur dazu hergeben, als Mittel seiner Zwecke, dem ursprünglichen Stamm Nahmen sein äusseres Ansehn zu erhalten, und darum wählte er auch aus der Reihe seiner sämmtlichen ihn gleich nahe angehenden Nachkommen ausdrücklich nur diejenigen aus, welche durch das zufällige Verdienst, vermöge ihrer Abstammung von demselben einen gleichen Nahmen mit ihm zu führen, zur Beförderung jenes Zweckes mit beitragen könnten. Es läßt sich also bei diesen Stammgütern der Fall, wo der Zweck des Stifters durch veränderte Umstände unerreichbar werde, nicht anders denken, als wenn keine männlichen Agnaten mehr vorhanden sind; alsdann aber bedarf es keiner oberherrlichen Verfügung mehr, es hört nun das Stammgut, wie ich nachher weiter ausführen werde, seiner eignen Bestimmung nach gänzlich auf; früher aber bestehen die Zwecke des Stifters noch, und statt ihnen durch eine Aufhebung der Stammqualität nach

†.) "Ce n'est pas sa fortune, ses vertus, le bonheur, dont "on croit jouir, que l'on desire de faire passer après "soi sur une autre tête, c'est — *son nom*"; Memoires du comte de Lipari. —

nach dem Willen der jetzt lebenden Interessenten entgegen zu würken, hat der Staat vielmehr die vollkommne Verbindlichkeit auf sich, dieselben möglichst zu erhalten und gegen eine jede dagegen anlaufende Disposition dazu nicht berechtigter Descendenten kräftigst zu schützen. — Dahingegen 2.) wenn von sogenannten cognatischen Stammgütern die Rede ist, sieht alles anders aus. Hier war es gerade der Zweck des inneren Wohlstandes der Familie, welchen der Stifter beabsichtigte und welchen gegenwärtig eben diese einzig dabey interessirte Familie für unerreichbar erklärt. Ergiebt sich also hier durch eine strenge Untersuchung, daß die Behauptung der letzteren wirklich gegründet sey, so entsteht daher ein Fall, wo die clausula rebus sic stantibus mit vollem Recht ihre Anwendung findet. Man kann jetzt voraussetzen, der Stifter werde, wenn er diese Umstände, diese veränderte Lage der Sache vorausgesehen hätte, nicht so disponirt, oder die Gültigkeit seiner Disposition bis auf diesen Zeitpunkt beschränkt haben; alsdann also darf, zwar nicht von den Familiengliedern selbst, und wenn gleich diese sämmtlich darüber einig wären, sondern mit deren Beistimmung durch einen förmlichen Aufhebungsact von Seiten des Staates, als Repräsentanten des Verstorbenen, die Stiftung zurückgezogen, und das Gut nach Beschaffenheit der Umstände einer freieren oder mehr eingeschränkten Dispositionsbefugniß der gegenwärtig lebenden Interessenten überlassen werden. — Wie denn auch 3.) eine gleiche Entscheidung in Ansehung der eigentlich Römischen Familienfideicomisse eintreten muß; wobei ich jedoch bemerke, daß wenn gleich Mehrere aus der l. 11. C. de fideicommissis den Schluß ziehen wollen, daß dergleichen

Fami-

Familienfideicommisse †) von den darauf Berechtigten durch Privathandlungen und Verträge aufgehoben werden könnten, ich dieses dennoch für völlig unrichtig erklären muß, indem die im vorigen Paragraphen näher auseinandergesetzten und von dem Verhältnisse eines Fiduciars gegen seinen Fideicommissarium hergenommenen, dort zwar verworfenen, hieher aber (bei einem blos Römischen Institut) vollkommen passenden Gruude die Disposition der l. 11. C. de fideicommissis nothwendig auf den Fall beschränken, wenn zur Zeit der Alienation sämmtliche je zu erwartende Interessenten bereits am Leben waren, welcher Fall bei den Römern gar wohl gedenkbar und sogar nicht einmal selten war, da nach der l. 32. §. fin D. de legat. II. ein jedes Familienfideicommiß sich in der Regel nur bis auf die zweite Posterität erstreckte, und eine längere Fortdauer desselben nur ausnahmsweise statt fand, und erst durch besondre Verfügung des Stifters bestimmt werden mußte *). Daher gilt also heutzutage auch von diesen, wie von cognatischen Stammgütern, der Grundsatz, daß die-

---

†) Das unpassende einer Anwendung dieses Gesetzes auf eigentliche Stammgüter, deren sich wohl einige Vertheidiger der oben bestritnen Meinung auch bedient haben, brauche ich nach dem bereits ausgeführten hier nicht mehr besonders zu beweisen.

*) Die Worte des Gesetzes sind: "In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt; aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his *primo gradu* procreati sint; nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit." —

dieselben zwar durch Privatvereinigung der lebenden Interessenten keinesweges, wohl aber vermittelst landesherrlicher Dispensation ex clausula rebus sic stantibus, aufgehoben werden können.

So beschränkt sich also diese von Hrn. Justizrath Wittich allgemein zugestandne Befugniß der obersten Staatsgewalt nur allein auf diese beiden Fälle, kann aber keinesweges auch dann gerechtfertigt werden, wenn von eigentlichen agnatischen Stammgütern die Rede ist. Dies hoffe ich wenigstens durch die bisherige Ausführung als theoretisch richtig erwiesen zu haben, indessen könnte man hiergegen einige von den Fällen anführen, woraus Hr. J Rth. W. das mehrerwähnte Resultat gezogen hat; und ich muß daher diese einzeln etwas näher beurtheilen, woraus sich dann ergeben wird, daß bei deren Entscheidung beinahe durchgängig obige Grundsätze, wenn gleich nicht immer bestimmt ausgedrückt, doch sehr deutlich zum Grund gelegt wurden. Was nehmlich vorerst das Estorische Fideicommiß anbelangt, welches im Jahr 1774 aufgehoben wurde, so war dies sowohl durch den Stand des Stifters, als durch die Qualität der ohne Unterschied des Geschlechts zur Succession gerufenen Fideicommiß Erben zu einem Familienfideicommiß der zweiten oder dritten Gattung (dies würden die mir unbekannten näheren Umstände bestimmen) geeignet, welches also, sobald nur dabey die clausula rebus sic stantibus wirklich in Anwendung zu bringen stand, rechtlich aufgehoben werden konnte. Wenn also hierbey nach den eignen Worten des extrahirten Regierungsgutachtens "solche Umstände eintraten, welche auf die Aufhebung des Fideicommisses bei den in-

zwi-

zwischen geänderten Umständen zu zielen schienen, und vermuthen ließen, daß der Testator seine ganze Disposition anders und mehr zum Vortheile der Erben ab intestato einzurichten Willens gewesen", so erscheinet solchergestalt jenes Regierungsgutachten, worauf die höchste Confirmation des Aufhebungs Vergleichs aus landesherrlicher Macht und Gewalt erfolgte, mit den obigen Grundsätzen durchaus übereinstimmend. — Das nehmliche aber glaube ich auch von dem zweiten Falle, das Gräflich Seyboldsdorfische Fideicommiß betreffend, behaupten zu können. Dabey nehmlich war es ausgemacht, daß hier von einem wahren Stammgute, welches lediglich für den jüngsten Sohn des Stifters und dessen männliche Descendenz bestimmt seyn, auch nicht eher aufhören und erlöschen sollte, bis von seinen beiden Söhnen keine männliche Leibes Erben mehr vorhanden seyn würden, die Rede gewesen. Vollkommen passend gieng also bei diesem der Regierungs Antrag dahin, daß weil hier "de expressa et enixa patris voluntate constire, daß es ein immerwährendes und auf den männlichen Stamm fortgehendes fideicommissum familiae seyn solle, das zum splendeur seiner ganzen Nachkommenschaft männlichen Geschlechts verordnet sey; — und wenn gleich beide gegenwärtige Interessenten noch in ledigem Stande lebten, man doch nicht vermuthen könne, daß solche darin bleiben würden, indem sie noch jung seyen, und dereinst Kinder erzeugen, — (mithin der eigentliche Zweck des Stifters noch gar wohl erreicht werden) — könnte", bei diesen Umständen eine mit voller Sicherheit und Rechtsbestand vorzunehmende Aufhebung des Fideicommisses für statthaft nicht zu halten sey. — Entgegengesetzt wurde sodann wieder der dritte Fall entschieden

und

und diesemnach das von Hopfgartensche Fideicommiß, weil „der Zweck, welcher die Aufhebung veranlasset, zum Vortheile der Familie gereiche, so daß die Dispvnentin selbst unter diesen Umständen dazu die Hände zu bieten, nicht den geringsten Anstand gefunden haben würde„, ex suprema cura territoriali aufgehoben. Die Qualität dieser Stiftung rechtfertigt eine solche Entscheidung vollkommen, indem die Bestimmung derselben, daß nicht, wie bei eigentlichen Stammgütern, das männliche Geschlecht vor dem weiblichen, sondern vielmehr dieses ausschließend vor jenem succediren sollte, ganz ungezweifelt beweißt, daß dies Fideicommiß ebenfalls zur zweiten der obenbemerkten drey Gattungen einer solchen Stiftung gehörte. — Aus gleichen Gründen fand man ferner auch bei Aufhebung des Groschischen Fideicommisses kein Bedenken. Bei diesem war nehmlich der Zweck des Stifters, lediglich den Nutzen seiner Nachkommen dadurch zu befördern und Verschwendungen vorzubeugen, ganz unverkennbar. Fand man also bey genauerer Untersuchung, daß dieser Zweck durch veränderte Umstände unerreichbar geworden war, so konnte ohne Zweifel, da hier in keiner Rücksicht an ein eigentliches Stammgut zu denken war, nach den obigen Grundsätzen eine Abänderung der vorhandenen Stiftung gültig geschehen. — Endlich bleibt mir noch der letzte Fall wegen des von Rottsmannischen Fideicommisses zur Beurtheilung übrig: die affirmative Entscheidung dieses Falles auf gleiche Weise meinen obigen allgemeinen Principien unterzuordnen, muß ich mich freilich bei den wenigen von Hrn J Rth W. angegebenen Datis auser Stande erklären, indessen läßt sich einestheils von einer solchen einzelnen Abweichung

ohne

ohne bestimmte Angabe der dabey vor Augen gehabten Rechtsgründe immer nichts weiter schließen, als die Folgerung, daß man einmal von den sonst anerkannten Grundsätzen abgewichen sey, keinesweges aber, daß man diese selbst für unrichtig gehalten habe; und anderntheils würde selbst ein solches Urtheil bei dem gänzlichen Mangel einer genaueren Kenntniß der damals eingetretenen Verhältnisse und mitwürkenden Motive noch allzu voreilig erscheinen. Nähere Nachrichten über den vorliegenden Fall einzuziehn, ist mir nicht möglich gewesen, indessen scheint schon die vorhergegangene Correspondenz mit dem Fürstl. Hause Darmstadt, und der hierauf genommene gemeinschaftliche Schluß beider Herrn Landgrafen sehr deutlich darauf hinzuweisen, daß die Abfindung des substituirten Stifts Kaufungen wohl dabey vorzüglich in Betracht gezogen und für das hauptsächlichste Hinderniß der intendirten Aufhebung gehalten, daneben aber andre Rücksichten weniger beachtet wurden. — Statt dieses nicht ganz klaren Beispiels kann ich nun aber noch ein andres neueres anführen, welches in dem Handbuche noch nicht allegirt ist, bei dessen Beurtheilung aber man jene Grundsätze am deutlichsten ausgedruckt findet. Es betrifft dies ein **Braumannisches Fideicommiß**, welches zwar, ungeachtet dessen ganze Beschaffenheit, namentlich der intendirte Zweck und die festgesetzte Successions Art, daselbe als blos Römische Institut darstellen, nicht aufgehoben, demungeachtet aber eben hierbey durchaus nach den obigen Principien beurtheilt wurde. Man hielte nehmlich dafür, daß zwar in thesi eine Stiftung dieser Art, sobald nur solche veränderte Umstände einträten, welche nicht den mindesten Zweifel zurücklassen: nicht nur, daß

die

die Aufhebung oder Abändrung zum Wohl aller Interessenten gereiche, sondern auch, daß der Erblasser, wenn er die Ereigniß der nachherigen Umstände vorher wissen oder sich denken können, nach vernünftigen Gründen also, wie geschehen, zu disponiren, sich nicht würde haben einfallen lassen — allerdings gültig aufgehoben werden könne; daß aber in hypothesi die gegenwärtig eintretenden Verhältnisse noch nicht hinlänglich dazu geeignet seyen, um den vorliegenden Fall unter jenes allgemeine Urtheil subsumiren zu können. Und so erfolgte auch auf das Gesuch der Fideicommiß Erben um Aufhebung der ihnen nachtheiligen Stiftung eine wiederholte abschlägige Resolution.

§. 15.

III.) Wer gelangt nach gänzlichem Abgang aller männlichen Agnaten zur Succession?

a.) Im Allgemeinen:

1.) Festsetzung des hier entscheidenden Princips:

Object und Subject sind doch eines jeden Geschäffts, welches rechtliche Befugnisse begründen soll, wesentlichste Bestandtheile, sie sind so durchaus nothwendige factische Voraussetzungen, daß ohne ihr Vorhandenseyn die Entstehung von Rechten und Verbindlichkeiten gar nicht einmal gedenkbar ist. Dies Object und Subject aber sind jedesmal durch die eigenthümliche Natur des Geschäffts, welchem sie zur Grundlage dienen, selbst, dergestalt bestimmt, daß hieraus Eigenschaften derselben hervorgehn, ohne deren Zuständigkeit die Form des vorseyenden Geschäffts

Geschäffts auf sie gar nicht anwendbar ist. Ist daher auch ein gewisses Geschäfft formaliter eingegangen, es fehlt aber an einem dieser Form angemessenen Gegenstande oder Person, so kann nunmehr aus diesem factischen Grunde, das rechtlich begründete Geschäfft dennoch nicht zur Wirklichkeit kommen, oder wird wenigstens diese verlieren, wenn in der Folge eine jener Voraussetzungen zu existiren aufhört.

Object und Subject insonderheit bei der hier zu beurtheilenden Anstalt der Stammgutserrichtung, sind nun: jenes ein im freien Eigenthum des Stifters befindliches Gut, dieses hingegen Familienglieder, d. h. männliche Agnatische Descendenten des ersten Stifters. Und so wie es eine ganz ungezweifelte Wahrheit ist, daß im Fall jenes Gut durch irgend einen Zufall zu existiren aufhört, somit auch nothwendig die ganze Anstalt selbst cessiren muß, ebensowenig läßt sich deren Fortdauer denken, wenn es an einem, durch das Wesen der Anstalt selbst bestimmten Subjecte fehlt, d. h. wenn der ganze agnatische Mannsstamm erloschen ist. Weiber und männliche Cognaten können zwar auch nach diesem Ereigniß vorhanden seyn, denen als Verwandten unleugbar rechtliche Ansprüche auf das Gut competiren, allein auf die Stammqualität dieses Guts können sie dieselben nicht gründen, nach Grundsätzen des Stammgutsrechts sie nicht geltend machen, da sie ja bei der ihnen mangelnden Eigenschaft eigentlicher Familienglieder stemmatischer Gerechtsame durchaus unfähig sind.

Hiernach scheint es mir völlig klar, daß, so wie der Letzte vom agnatischen Mannsstamme mit Tode abgeht,

in

in diesem Augenblick auch das Stammgut selbst, als solches, seine Endschaft erreicht habe; da inzwischen so viele Stimmen der Privatrechts Lehrer hierin gegen mich sind, so halte ich es nicht für überflüßig, meine Behauptung auch durch eine veränderte Ansicht noch mehr zu begründen; und in der Absicht bemerke ich folgendes: Liegen bei einer gewissen Anstalt besondre bestimmte Zwecke zum Grunde, sind diese Zwecke überdies so genau damit verwebt, daß deren Erreichung den wesentlichen Inhalt der ganzen Anstalt ausmacht, so versteht es sich von selbst, daß dann auch die Dauer einer solchen Anstalt an die Erreichung dieser Zwecke gebunden und davon abhängig sey, daß mithin, sobald diese ferner unmöglich wird, auch die Anstalt selbst gänzlich cessiren müsse. Und so verhält es sich, meiner Meinung nach, gerade auch mit Stammgütern. Ist deren Begriff, so wie ich ihn oben angegeben, richtig, und den wesentlichen Eigenschaften und Bestimmungen eines Stammguts angemessen, so folgt daraus, daß die Einführung der Stammqualität an sich eine auf temporäre Zwecke gegründete, mithin selbst nur temporäre Anstalt sey, daß also, wenn gleich bei der Stiftung ihre Dauer durch keinen Zeitpunct beschränkt, vielleicht auf mehrere Menschenalter hinaus berechnet wurde, dennoch hierdurch solche Einschränkungen nicht ausgeschlossen werden, die aus der eigenthümlichen Natur der Anstalt selbst hervorgehen. Sie hört daher auf, wenn die äusseren Umstände cessiren, welche nach dem Inhalt der Stiftung und dem dadurch, wenn gleich implicite, erklärten Willen des Stifters, als Bedingungen ihrer möglichen Existenz anzusehen sind.

So war es bei Einführung der Stammqualität einziger oder wenigstens Hauptzweck des Constituenten, eine Anstalt zu errichten, wodurch sein Familien Nahme, und die, welche durch Abstammung von ihm denselben führten, ein gewisses äusseres Ansehn und Glanz behielten, wenn gleich widrige Schicksale sie in der Zukunft andrer Mittel dazu vielleicht beraubten. Darum sollte das Gut stets in den Händen solcher Familien Glieder bleiben, darum nie aus der Familie veräussert werden. Eine solche Verfügung, so sehr auch deren Inhalt auf Perpetuirlichkeit schliessen läßt, kann demungeachtet ihrer Natur nach für nicht länger gelten, als die Erreichung des dabey lediglich beabsichtigten Zweckes noch möglich ist, muß aber nothwendig unkräftig werden, wenn sogar eine physische Unmöglichkeit eintrit, jenen Zwecken ein Genüge zu thun, wenn hierdurch in der That selbst die Bedingungen cessiren, an welche die Existenz der ganzen Anstalt wesentlich gebunden war. — Und dieser Fall tritt dann ohne Zweifel beim Ableben der sämmtlichen agnatischen Descendenten des ersten Erwerbers ein, sie allein waren es, um deren willen überhaupt die Stammqualität eingeführt würde, zu ihrem Vortheil allein ward das Gut mit einem Veräusseruugsverbote belegt, ihre Existenz ist daher eine nothwendige Voraussetzung, um diese Bestimmungen in Wirklichkeit zu setzen, und die Gewißheit also, daß solche Personen nicht mehr existiren werden, gerade der Umstand, welcher einer lediglich mit Beziehung auf sie errichteten Anstalt ihre natürlichen Schranken setzt.

§. 16.

§. 16.

2.) Widerlegung einer gegentheiligen, vorzüglich von Pütter vertheidigten, Meinung, welche

α.) zwar in gewissen Ausnahmsfällen gegründet ist, und zwar namentlich:

a.) wenn cognatische Succession bei der Stiftung festgesetzt worden.

Dieser Schluß dünkt mir so natürlich, daß ich es kaum begreifen kann, wie selbst Pütter, wenn er gleich ohne Bedenken zugiebt, daß mit dem Erlöschen des agnatischen Mannsstamms nun auch der Haupt- und wesentlichste Zweck des Stammguts, Conservation des Familien Ansehens, cessire, dennoch hierbey stehen bleiben, und die daraus so ganz ungezwungen abzuleitende Folge: Aufhören stemmatischer Succession, demungeachtet leugnen kann. Er nimmt nehmlich in der unter seinem Praesidio von Joh. Christoph Sixt im Jahr 1745 zu Marburg vertheidigten Dissertation: De iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae an, daß nach dem Ableben sämmtlicher Agnaten, nun auch die Cognaten *eodem ordine ac modo*, wie jene, zur Succession gelangen, und der einzige nunmehr statt habende Unterschied darin beruhe, daß der bisherige Vorzug der Männer ferner nicht attendirt werde. Dieser von ihm vorgetragenen Lehre, und der Art, wie solche in der vorgedachten Schrift behandelt und ausgeführt ist, meinen Beifall zu versagen, ist ganz und gar nicht meine Absicht, ich halte sie vielmehr für sehr belehrend, und

weis

weis keine andre, worin diese oft schief beurtheilte Materie so klar auseinander gesetzt würde; nur das glaube ich aus Gründen gegen jenen gewiß von mir verehrten Rechtsgelehrten behaupten zu können, daß er nicht so allgemein hätte reden sollen, und daß vielmehr, was dort für allgemein geltende, allgemein anwendbare Wahrheiten ausgegeben wird, doch nur auf speciellen Fundamenten beruhe, mithin nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn vorher die Existenz dieser speciellen Fundamente bekannt oder erwiesen ist. Dahin aber rechne ich vorzüglich zwey Fälle: 1.) wenn gleich Anfangs bei Stiftung der Anstalt festgesetzt wurde, daß auch cognatische Descendenten, nach dem Abgang der agnatischen, auf gleiche Art in das Gut succediren sollen. Eine solche ausdrückliche Bestimmung geht ohne Zweifel sehr wohl an, und ist für die Nachkommen des ersten Stifters vollkommen verbindlich, denn ihm, als unbeschränktem Eigenthümer war ja eine jede beliebige Disposition überlassen, er konnte, wenn er das für zweckdienlicher hielte, das Gut ganz aus der Familie veräussern und so seinen Nachkommen allen davon zu erwartenden Vortheil entziehen, wieviel mehr also, wenn er dies nicht that, wenigstens die ihnen daran zugestandenen Rechte nach Gefallen einschränken, und beliebig einen modum bestimmen, nach welchem die Ausübung derselben geschehen sollte. So ist die rechtliche Möglichkeit und volle Verbindlichkeit einer solchen Bestimmung auser Zweifel, allein eben als besondrer Bestimmung kann ihre factische Wirklichkeit nicht anders angenommen werden, als wenn dieselbe aus einem darauf gerichteten erweislichen Facto dessen, der dazu be-

rechtigt war, sich deutlich offenbart. Tritt aber auch dieser Fall wirklich ein, so ist, mag das auch noch so häufig geschehen, sie dennoch immer nur als gegen die gewöhnliche Natur der Stammgüter eingeführt zu betrachten, ja sie weicht von dieser in der That so sehr ab, daß ich einem solchen Gute, streng genommen, den Nahmen eines reinen Stammguts beizulegen, kaum getrauen würde. Es wird vielmehr daselbe durch jene Bestimmung dergestalt modificirt, daß nun seine rechtliche Existenz als eine, zwar auch rechtsgültige, aber gemischte Anstalt anzusehen ist, wo nehmlich in die Sphäre der durch den Begriff eines Stammguts überhaupt begründeten Rechtsgrundsätze, noch diejenigen eintreten, welche auf des Stifters besonders erklärtem Willen beruhen. Bei einem solchen Gute kommen dann zwar jene solange in Anwendung, als der agnatische Mannsstamm dauert, denn für diesen Zeitraum hat der Stifter ausdrücklich, oder stillschweigend — dnrch Unterlassung einer gegentheiligen Verfügung —, das herkömmliche gebilligt; so wie aber deren keiner mehr vorhanden ist, die nach strengem Stammgutsrechte successionsfähig wären, und dergestalt es also an hieraus entlehnten Grundsätzen gebricht, wonach die fernere Succession regulirt werden könnte, so hat dann auf den Fall der Stifter eigne Vorschriften gegeben, die nun geltend gemacht werden müssen, wenn nicht ausserdem die gemeine Intestaterbfolge Platz greifen soll. Von dem Moment aber ist denn auch das Gut kein Stammgut mehr, wenn gleich die speciell eingeführte der stemmatischen ähnliche Succession eine völlige Aequation desselben mit Allodialgütern eben wenig zuläßt; es ist noch mehr ein Familiengut in weiterer Bedeutung, wenn gleich

dieser Nahme im engeren altteutschen Sinne, wegen mangelnden Subjects: eigentlicher Familienglieder, wie ich sie oben, (§. 1.) bezeichnete, nicht ferner statt haben kann. Der Hauptzweck der Stammgutserrichtung, splendor familiæ, d. h. der äusere Glanz, das äusere Ansehn derjenigen, welche durch Abstammung vom ersten Stifter dessen Familien Nahmen führen, cessirt nunmehr gänzlich, es trit aber ein anderer zwar ähnlicher, allein im wesentlichen durchaus verschiedener Zweck: Erhaltung eines gewissen inneren Wohlstandes derjenigen Personen, welche das Band descendirender Verwandschaft an den ersten Stifter knüpft, an die Stelle von jenem. Bey dem eigentlichen Stammgute war es lediglich darauf abgesehn, dem eigenthümlichen Familien Nahmen ein Denkmal zu stiften, wodurch derselbe noch in den spätesten Nachkommen nicht minder glänzend fortlebte, wie bey Lebzeiten des Familienhauptes selbst, und dieselben dadurch in den Stand zu setzen, hierbey wenigstens von dieser Seite keinem Hindernisse begegnen zu müssen; — bey Festsetzung stemmatischer Succession unter Cognaten hingegen kann diese Absicht schlechterdings nicht mehr erreicht werden, denn der Familien-Nahme ist ja, wenn diese eintrit, erloschen, die noch vorhandenen Descendenten haben neue Familien gebildet, sind mit ganz andern Nahmen versehn, und in dieser Hinsicht keine Spur mehr ihrer vorigen Abstammung übrig. Ist es also selbst hier noch der Wille des Stifters, daß auch jetzt eine Successionsart statt haben soll, welche auf Erhaltung des von ihm herrührenden Gutes abzielt, dann kann einer solchen Verfügung kein anderer Zweck vernünftigerweise untergelegt werden, als der eigne, nicht blos auf scheinbaren äuseren Vorzü-

gen beruhende, sondern wahre und reelle Nutzen seiner Verwandten; er will dadurch, daß er eine Successionsart wählt, wodurch die häufigen Translationen des Guts von der einen in die andre Linie, das Ueberspringen desselben an ganz heterogene Besitzer vermieden wird, und durch das damit verbundne Veräuserungsverbot, das Gut selbst zum besten seiner Descendenten für sie conserviren, vielleicht auch der Unbilligkeit begegnen, die bey Anwendung der Römischen Gradualfolge nur allzuoft unverkennbar ist.

§. 17.

b. bey Stammgütern, mit denen Landeshoheit verbunden ist.

Auf ähnliche Art, wie mit dem bisher erörterten Falle, verhält es sich nun 2.) auch noch mit einem andern, dem nehmlich, wo die eigenthümliche Qualität des Objects selbst eine solche besondre Successionsart erfordert. Und dies scheint namentlich bey solchen Stamm-Gütern der Fall zu seyn, mit denen Landeshoheit verbunden ist. Eigentlich zwar kommen diese hier, wo ich nur von solchen des niederen Adels reden wollte, nicht in Betracht, allein beiläufig muß ich doch, um meine obigen Behauptungen zu rechtfertigen, auch ihrer kürzlich erwähnen. Bisweilen wird auch bey ihnen der vorige Grund: ausdrückliche Bestimmung ihrer Constitution, eintreten, und dann gilt davon eben das, was ich von demselben im vorigen § gesagt habe. Mehrentheils wird dies jedoch nicht so seyn, da eine besondre Stiftung von den meisten wohl nicht bekannt, vielmehr deren Eigenschaft als Stamm-

güter

güter nur auf Herkommen gegründet ist. Sey dem aber immer, wie ihm wolle, so glaube ich doch, daß wenn auch in der ausdrücklich geschehenen Stiftung nichts besonderes darüber enthalten, oder eine solche gar nicht einmal vorhanden ist, demungeachtet hier auch die allenfalsige cognatische Succession nach stemmatischen Grundsätzen (Regredienterbrecht) statt haben müsse, weil die Grundsätze der Römischen Intestaterbfolge mit den wesentlich zu erreichenden Zwecken solcher Besitzungen allzu unverträglich sind. Das daraus hervorgehende völlig freye Dispositionsrecht eines jeden Besitzers, der mit der Gradualfolge unvermeidlich verbunden oftmalige und von zufälligen Ereignissen abhängende Wechsel der besitzenden Linie, sind beides Umstände, deren Einwirkung offenbar schädlich, und daher hier, wo das Glück oder Unglück eines ganzen Landes auf dem Spiele steht, unmöglich zulässig ist.

So also würde ich auch diese zweyte Ausnahme ohne Bedenken zugeben, und somit zwey gar oft, ja wohl am häufigsten eintretende Fälle statuiren, wodurch für die Anwendung der von Pütter aufgestellten Grundsätze immerhin noch ein weites Feld eröfnet wird. Mögen aber diese Fälle auch noch so häufig eintreten, und so jene Grundsätze beinahe allgemein geltend werden, so ist und bleibt dies doch immer nur eine historische Allgemeinheit, und rechtlich betrachtet sind sie demungeachtet nichts anders, als Ausnahmen einer unwiderlegbar begründeten Regel.

§. 18.

β. Jedoch als Regel durchaus nicht gelten kann.

Es ist ein bekannter Satz und gegenwärtig wohl keinem Zweifel mehr unterworfen, daß, nachdem der Gebrauch des Römischen Rechts in Teutschland einmal so sehr überhand genommen, daß auch die eigenthümlich vaterländischen Anstalten dadurch verdrängt und als fremd betrachtet wurden, seitdem auch die dahin zu rechnende Stammqualität eines Gutes nur alsdann anzunehmen stehe, wenn deren Stiftung oder observanzmäsige Existenz besonders bewiesen wird, auserdem aber, und wenn es zweifelhaft ist, vielmehr für die völlige Allodialität eines Gutes, und die durch Römisches Recht vorgeschriebene Succession bey demselben vermuthet werden müsse. Das Römische Recht ist also auch hier im Ganzen als gemeines Recht zu betrachten. Ist es aber einmal ausgemacht, daß ein gewisses Gut — Stammgut ist, und so dem gemeinen Recht insofern einmal derogirt worden, dann wird nun auch eben so wohl wieder für das Daseyn aller derjenigen Eigenschaften und für die Anwendbarkeit aller derjenigen Grundsätze, welche aus dem Begriff eines Stammguts fliessen, vermuthet, und so wieder ein, zwar in Ansehung seines Umfangs nur specielles, jedoch seinem Gebrauch bey diesem bestimmten Objecte nach ebenfalls wieder gemeines Recht constituirt, welches bey einmal bestehenden Stammgütern immer Anwendung finden muß, solange nicht besondre rechtliche Bestimmungen ein andres festsetzen. Nehme ich also ein solches Gut, das bey seiner Stiftung entweder geradehin nur für ein Stammgut erklärt wurde, ohne we-

der dabey zu beobachtenden Grundsätze etwas näheres zu bestimmen, oder wobey wenigstens weder aus der Stiftung noch aus der bisherigen Observanz etwas mit dem reinen Begriff eines Stammguts nicht ganz übereinstimmendes erhellet, so muß dessen ganze Behandlung und alle die Grundsätze, nach welchen dieselbe einzurichten ist, lediglich aus jenem gemeinen Stammgutsrechte geschöpft, mithin auf die in dem Begriff eines Stammguts, als der alleinigen Quelle aller davon geltenden gemeinrechtlichen Grundsätze, liegenden Bestimmungen, lediglich gegründet werden. Durch diese blose Stammgutsstiftung wurde diesemnach zwar dem Römischen Rechte derogirt, und somit allen aus jener Stiftung abzuleitenden Rechten und Verbindlichkeiten vorzugsweise Platz gegeben, allein dieser Vorzug geht dann auch lediglich nur auf solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche die eingeführte Stammqualität nothwendig mit sich führt, und die zu ihrer Existenz wesentlich erfordert werden; so wie aber das Gut in eine solche Lage trit, daß es an den absoluten Bedingungen eines Stammguts bey demselben fehlt, und daß es mithin für ein solches nicht mehr gelten kann, ebendadurch aber das einzige suppolitum der Stiftung und folglich auch deren verbindende Kraft selbst aufhört, so trit nun sogleich das bisher nur durch diese verdrängte Römische Recht wieder an seine Stelle, und kann daraus nicht anders, als durch fortwährende gegentheilige Dispositionen fernerhin verdrängt werden. — Dies insonderheit auf den vorliegenden Fall angewendet, so wird es leicht zu entscheiden seyn, welche Successionsart demnach bey einem bisherigen Stammgute nach Erlöschung des agnatischen Mannsstamms statt haben müsse. Nimmt man einmal an, daß

durch

durch dies Ereigniß das Stammgut wirklich aufgehoben wird, so leidet es, — vorausgesetzt, daß durch specielle Normen: ausdrückliche Disposition oder eigenthümliche Beschaffenheit des Gutes selbst, ein Andres nicht feststehe, — nach dem obigen wohl keinen Zweifel, daß alsdann die Römische, als gemeinrechtliche Erbfolge, eintreten müsse; und kommt es mithin nur auf die Frage an: ob denn durch jenen Vorfall, (das Absterben sämmtlicher Agnaten) das Stammgut wirklich seine Endschaft erreiche?, welche Frage ich zwar oben (§. 15.) befriedigend beantwortet zu haben glaube, doch aber hier in Hinsicht auf Pütters gegentheilige Behauptungen noch einmal berühren muß. Pütter sagt zwar selbst im 4ten und fgg §§ der allegirten Schrift: Hauptzweck der Stammgüter sey Erhaltung des äuseren Ansehns und Glanzes der Familie, d. h. der männlichen Descendenten des ersten Stifters, und alles, was hiermit nicht harmonire, als teutschen Rechten gänzlich widerstreitend, zu verwerfen; auch giebt er §. 19. zu, daß dieser Hauptzweck durch das Ableben des agnatischen Mannsstammes unerreichbar werde. — Nach diesen Voraussetzungen aber scheint es mir völlig klar, daß alsdann auch der Fall eintrete, wo wegen eines mangelnden wesentlichen Bestandtheils der Begriff eines Stammguts nicht mehr passe, und also dies nicht länger fortdauern könne; Pütter hingegen glaubt das nicht, sondern äussert sich vielmehr im 20ten § darüber folgendergestalt: "Nondum proinde opus est, ut deseramus ibi juris Germanici præcepta, ubi, maribus familiæ alicujus extinctis, solæ feminæ supersunt. Etiamsi enim singula horum præceptorum capita in sola feminarum successione non quadrent, tamen, si vel unicum servari

„potest, mera Germanorum jura sequi nos oportet. — —
„Quam ob rem præter unicam marium prærogativam
„remanent hic omnes — regulæ successionis Germanicæ".
Allein gegen diese Darstellung giebt er mir selbst die Waffen in die Hände, wenn er in den Noten zum 33ten § der allegirten Schrift zu Widerlegung des Einwurfs: daß, wenn die Cognaten iure stemmatico succediren sollten, nun auch hier wieder die Männer den Vorzug haben müßten; — sich folgender Argumentation bedient: Da Töchter sobald sie sich verheirathen, aus ihrer Familie treten, und also, wenn nachher die Erbfolge in die seitherigen Stammgüter auf sie devolvirt wird, durch sie dennoch die alte Familie nicht mehr conservirt werden kann, solchergestalt aber das erste Fundament, worauf der Vorzug des Mannsstamms beruht, gänzlich hinwegfällt, so könne auch, nach der bekannten Regel: cessante rei causa, cessat quoque res ipsa, der Vorzug des Mannsstamms selbst nicht länger gelten; auch dürfe man dagegen nicht einwenden, daß wenn man diesen auch ferner beibehielte, so doch wenigstens die Erhaltung und das Ansehn der neuen zuerst in den Besitz des Stammguts kommenden Familie befördert werde; — denn der einzige Zweck jener teutschrechtlichen Anstalt cessire durchaus, sobald die Conservation der alten Stammfamilie unmöglich werde, indem die teutschen Rechte lediglich die Erhaltung derjenigen Familie beabsichtigen, welche vom ersten Stifter abstammend, dessen Nahmen und Geschlechtswapen führe, welches jedoch alles nach Erlöschung des agnatischen Mannsstamms durchaus hinwegfalle. h.)

Al-

h.) Pütters eigne Worte sind: Objicis fortasse, semper præferendos esse masculos, licet ex femina progenitos,

Allein glaubt Pütter seine Meinung durch diese Darstellung gerechtfertigt zu haben, so frage ich: sind nicht eben diese von ihm gebrauchten Gründe der beste Beweis, daß von der, auf einen zugestandnermasen nunmehr exspirirten Zweck lediglich gegründeten, Succession überall nicht mehr die Rede seyn könne, oder, was hindert mich auf der andern Seite, wenn man sich doch berechtigt glaubt, selbst nachdem die Erreichung des vom er-

---

(quod militiæ tamen magis apti essent.) Sed scias, velim, quod (non militiæ solum favor, sed etiam) finis propagandæ familiæ nominis ac splendoris pepererit mariuum prærogativam. Enimvero masculi patris, non matris, nec aviæ, nec alterius feminæ, a qua oriuntur, nomen familiæque splendorem propagant. Potius, quum feminæ, dum nubunt, e familia exeant, statim ac successio in bona avita ad illas defertur, prisca hæc familia per eas amplius non conservatur, hinc cessante prima hujus rei causa, quam primum feminæ succedunt, cessat quoque res ipsa, marium nempe prærogativa. — Verum pergis, etiamsi antiqua familia non amplius conservetur, per eos, qui a femina progeniti sunt, tamen magis consentire iuri Germanico, ut, si femina eiusque posteri ad bona avita adspirant, mares feminæ posteri sexui sequiori præferantur, & ut hoc modo saltem nova ista familia conservetur, quam ut promiscue contra Germanorum mores tunc succedant utriusque sexus posteri. At iterum iterumque respondes, *deficere hic finem iuris Germanici, ubi familia antiqua conservari magis nequit.* Talem enim familiam conservari jubet ius Germanicum, quae a primo adquirente descendit, eius nomine & insignibus gentilitiis prædita, quæ omnia extinguuntur, extincta primi adquirentis stirpe masculina, etc.

ersten Stifter intendirten Zwecks schlechterdings einmal unmöglich geworden, nun um eines andern zwar nützlichen, jetzt aber in der That nur willkührlichen Zweckes willen, einige der Regeln ferner beizubehalten, deren bisherige Befolgung nur die Realisirung jenes Zweckes nothwendig machte; — dann eben sowohl nun auch alles beizutragen, damit die Erreichung des neuen Zweckes der von jenem originären möglichst analog gemacht werde? — Und worin sollte ein hinreichender Grund liegen, das vorherige Veräusserungsverbot mit der Linealfolge beizubehalten, den Vorzug des Mannsstamms aber zu verwerfen, da doch beide auf gleichen Gründen beruhen, beide auf gleichen, jetzt freilich auf die eine wie die andre Art völlig unerreichbaren Zweck hinwürken? — Ist aber, wie ja Pütter selbst deutlich genug erklärt, dieser Zweck gegenwärtig wirklich unerreichbar, nun denn, so lasse man einen darauf sich beziehenden Vorzug des Mannsstamms länger nicht gelten, aber man nehme auch andre sich nicht minder nur darauf referirende Bestimmungen von dieser (meines Erachtens allerdings nothwendigen) Verbannung nicht aus. Stammfolge kann, nach dem obigen, nun einmal nur als Ausnahme vom gemeinen Rechte gelten, ihre wesentlichen Kennzeichen und Eigenschaften sind, eins sowohl wie das andre: Linealsuccession in die Rechte des ersten Stifters, und sodann die Prärogative der Männer. Um sie anzunehmen, bedarf es stets eines besonderen Grundes, und es muß daher, wo es an diesem fehlt, die ganze Anstalt cessiren; das aber geht schlechterdings nicht an, daß die eine damit verbundne Bestimmung verworfen und die andre beibehalten werden, diese würde offenbar immer als

eine

eine besondre Abweichung erscheinen, zu deren Annahme es jedoch eines solideren Fundaments, als bloser Willkühr, und einer vielleicht nur vermeinten utilitatis ratio bedarf.

§. 19.

b.) insonderheit:

α. mit Hinsicht auf ein den vorhin ausgeschlossenen Cognaten angeblich zustehendes Regredienterbrecht.

So ist es demnach klar, daß nach erloschenem Mannsstamm der wesentliche Zweck der Stammgutseinführung, mithin auch dieses selbst mit allen seinen Eigenschaften und Wirkungen cessiren müsse, und so auch die dabey bisher statt habende besondre Erbfolge nicht länger dauern oder wenigstens für die Zukunft darauf nicht mehr gegründet werden könne. Daß dies angehe, glaubte Pütter, er behauptete die Beibehaltung teutscher Erbfolge auch unter Cognaten, auf fortdauernde Stammqualität gegründet, und darum muste ich diesen Zweifel vorher wegräumen; allein liesse sich wohl, — zugegeben auch, daß nach erloschnem Mannsstamm das Stammgut, als solches, mit allen seinen Eigenheiten und Wirkungen zu existiren gänzlich aufhört und in der That wieder allodial wird — demungeachtet nicht ein Grund auffinden, der hier eine fernere von der gemeinrechtlichen abweichende Succession zulässig machte oder gar erforderte? — Man redet da so häufig von einem den Cognaten competirenden Regredienterbrecht, als einem Rechte, welches denselben, da sie bey der agnatischen Succession vorbeygegangen wur-

den,

den, eventuell vorbehalten sey, und nun erst zu seiner Wirksamkeit komme. — Die Anmaßung eines solchen Rechtes halte ich für durchaus unzulässig, und vielmehr den Grundsatz vollkommen richtig, quod femina semel excluſa pro semper excluſa habeatur. Freilich kann derein̄st einmal auch auf die vorhin übergangenen Weiber und Cognaten, als nächste Verwandte des zeitigen letzten Besitzers, das Gut durch Intestatsuccession vererbfällt werden, allein die hierbey würkende Befugniß ein Regredienterbrecht zu nennen, würde eben so wenig passend seyn, als es jemanden einfallen wird, in dem Fall, wo Allodialvermögen nach Römischer Erbfolge auf solche vererbt wird, die mit dem letzten Besitzer in vorigen Zeiten einen gemeinschaftlichen Stammvater hatten, diese: Regredienterben, ihr Erbrecht: Regredienterbrecht zu nennen. Unter Regredient=Erbrecht verstehe ich vielmehr, und kann der angeblich damit verbundenen Wirkungen wegen nichts anders verstehen, als die gewissen Personen an einem Gute wirklich compentirenden, jedoch dergestalt qualificirten Ansprüche, daß sie wegen eines prävalirenden Rechtes anderer nicht eher geltend gemacht werden können, bis dieses die Ausübung derselben verhindernde Recht nicht mehr vorhanden ist, oder mit andern Worten: solche Ansprüche, die zwar während der Existenz gewisser andrer vorzugsweise auf das Gut berechtigten Personen übergangen und zurückgesetzt, auf die aber, so wie von jenen keiner mehr vorhanden ist, alsbald wieder recurrirt werden muß. Ein dergleichen reservirtes, vom ersten Stifter abzuleitendes Recht competirt den Cognaten keinesweges; wenn sie einmal zur Succession kommen, so verdanken sie dies lediglich dem

guten

guten Willen des letzten Besitzers, der nicht durch gegentheilige Dispositionen ihnen das Gut entzog, wie er zu thun wohl befugt war, und woran ihn ihre vermeintlichen Ansprüche nicht verhindert haben würden. Der Beweis davon, daß ein solches Regredienterbrecht den Cognaten nicht zustehe, läßt sich leicht führen, nur muß man dabey wieder auf den Ursprung und die Stiftung des Stammguts zurückgehn. Diese aber kann auf dreyfache Art geschehen seyn; entweder nehmlich 1.) durch Vertrag; alsdann natürlich entscheidet dieser allein, und ist darin den weiblichen Nachkommen der Paciscenten ein Regredienterbrecht vorbehalten, so geht es darnach ohne Zweifel. Allein dann geschieht die Succession auch nicht nach gemeinem Stammgutsrechte, sondern ex speciali lege conventionis, wovon unten ausführlicher gehandelt wird. 2.) die Art der Stiftung ist unbekannt, es beruht also die Stammqualität blos auf Observanz; da kann lediglich wie im folgenden 3ten Fall entschieden werden, denn ein vielleicht gegentheilig disponirender Vertrag ist ja nicht bekannt; wer sich auf besondern Vorbehalt gründete, würde diesen erweisen müssen, ein solcher Beweis aber wieder den vorigen Fall zum Vorschein bringen; 3.) endlich — und dies ist der bei weitem gewöhnlichste, in jeder Ungewißheit zu vermuthende Fall, — das Stammgut ist durch blos einseitige Disposition des Eigenthümers errichtet. Alsdann trit meine obige Behauptung in voller Maase ein, und hierüber folgende Argumentation: das mit Stammqualität zu belegende Gut gehörte ohne Zweifel mit zu des ersten Stifters Vermögen, ja er war, wie zu einer gültigen Stammgutseinführung stets vorausgesetzt wird,

unbeschränkter Eigenthümmer desselben. Als solcher konnte er über dasselbe völlig frey disponiren, und es band ihn hierbey nichts, als die Verbindlichkeit, den nächsten seiner Anverwandten soviel zu hinterlassen, daß der ihnen gebührende Pflichttheil unverletzt übrig bliebe, daß folglich, wenn er den zum Stammgute gewählten Gegenstand wirklich dazu bestimmen wollte, von dem übrigen Vermögen jenen Personen der Pflichttheil entrichtet werden könnte. (§. 3.) Ist aber dies Erforderniß, ohne dessen Beobachtung die Entstehung des Stammguts rechtlich unmöglich seyn würde, gehörig gewahrt, dann ist Niemand mehr vorhanden, der noch an diesem Gute einigen Anspruch machen könnte. Jene Personen hatten ausser ihrem nunmehr befriedigten Recht auf den Pflichttheil durchaus weiter keine Ansprüche auf das Vermögen des Stifters, woher also sollten sie diese erlangt haben, wenn sie ihnen nachher nicht noch zugesichert wurden, welches in Ansehung der cognatischen Descendenten, durch die Stammgutstiftung wenigstens, nicht geschehen ist. Es wäre demnach sonderbar, anzunehmen, daß sie ein Recht reservirt hätten, was ihnen noch niemals zugestanden. Haben aber selbst diese mit dem Stifter gleichzeitigen Descendenten desselben kein Recht an dem Stammgut, so kann dies um so weniger den nachherigen cognatischen Familiengliedern zugestanden werden. Durch Bedachtnehmung auf den zu hinterlassenden Pflichttheil hatte der erste Stifter sich ein völlig freies Dispositionsrecht über das übrige Vermögen verschafft, und dies auch durch Einführung der Stammqualität wirklich dahin ausgeübt, daß er das damit belegte Gut seinen nächsten Nachkommen ganz (den cognatischen nehmlich) oder zum Theil den

agna-

agnatischen) entzogen, und dasselbe einem der entferntesten von ihnen zugewendet hat. Die Stammgutserrichtung ist nehmlich geradeso anzusehn, als hätte der Stifter das Gut, so wie er es besessen, nur für seinen letzten agnatischen Descendenten bestimmt, und geradezu an diesen transferiren wollen, denn dieser erst erhält alle die Gerechtsame wieder, welche jenem daran competirten. Alle Zwischenbesitzer hingegen sind nur als Mittelspersonen anzusehen, durch deren Hände das Gut gehen mußte, um endlich dahin zu kommen, wohin es, wenn des Stifters Absicht vollständig erreicht werden sollte, erst kommen mußte; denn um seinen vorzüglichsten, ja beinahe einzigen Zweck, möglichst dauernde Erhaltung des äusseren Glanzes seines Nahmens und der ihn führenden Familienglieder, durch den Besitz jenes Gutes zu erreichen, war es nothwendig, daß auch das letzte derselben noch zu diesem Besitz gelangte, mithin dies gerade derjenige Umstand, worauf die ganze von ihm errichtete Anstalt endlich hinzielte. Hieraus folgt aber, daß alle diesem vorhergehende Inhaber nur für Interimsbesitzer zu halten, mithin das Gut selbst in ihren Händen, als eine fremde nur zur Translation ihnen anvertraute und bey blos temporärem Besitz als zu ihrem patrimonio gar nicht gehörige Sache zu betrachten sey. Von einem solchen Gegenstande aber kann selbst bey Bestimmung des Pflichttheils für die, welche solchen ausserdem von dem Besitzer zu fordern befugt sind, gar nicht einmal die Rede seyn, dieser wird, ohne das Stammgut mit in Anschlag zu bringen, blos von dem übrigen Vermögen desselben berechnet, und, wenn dies geschehen, und dem gemäs das schuldige Quantum den dazu berechtigten hinterlassen ist, so sind diese

völlig abgefunden, und das Stammgut wird in Ansehung ihrer für gar nicht vorhanden angesehn. Woher also, frage ich hier wieder, woher sollten diese ein Recht daran erhalten, welches ihnen der erste Stifter und letzte Besitzer nicht geben wollte, die Zwischenbesitzer nicht geben konnten, und worauf auch die Gesetze ihnen keinen Anspruch gestatten; woher anders sollten sie dies Recht erlangt haben, und wie hätten sie dasselbe, wenn es ihnen demnach niemals zustand, sich reserviren können? — So scheint mir die ganze Lehre von einem vorbehaltnen Regredienterbrechte nichts mehr, als ein zum Vortheil der vom letzten agnatischen Besitzer entfernteren Cognaten ersonnener Traum, dem es bey genauerer Untersuchung an aller Haltbarkeit durchaus gebricht. Doch auch hier wiederhole ich die Bemerkung, daß dies nur von dem gesagt gelten soll, was in dubio ohne specielle Gründe zum Gegentheil bey einem jeden reinen Stammgute eintreten muß, will aber auch hierbey die beiden obigen Fälle (§. 17. 18.), wo ausdrücklicher Inhalt der Stiftung oder die eigenthümliche Natur des Stammguts eine andre Bestimmung erfordern, jedoch auch nur als Ausnahmen, von meiner Behauptung ausschließen: so wie ich denn auch für diese beiden Ausnahmsfälle es sehr wohl zugeben kann, daß bey der cognatischen Succession, ungeachtet im Uebrigen die Vorschriften des altteutschen Rechts beobachtet werden, dennoch der Vorzug des Mannsstamms nicht mehr statt habe, und hier also eine Trennung dieser sonst bey Stammgütern gleich wesentlich obtinirenden Principien ohne Bedenken zulässig sey, weil nunmehr der Grund jener cognatischen Stammfolge nicht mehr der vorige und von Pütter auch dabey behauptete,

nehmlich fortdauernde Stamqualität des Gutes im eigentlichsten Verstande: sondern lediglich im ersten Falle specialis conventio, welche accidentelle Bestimmungen zuläßt, im letzteren aber, die besondre Eigenheit des Gutes ist, welche jene Succession um andrer, als des bey der Stammfolge sonst zum Grunde liegenden Zweckes willen, ferner nothwendig macht, dieselbe aber nach diesen Zwecken gänzlich modificirt.

§. 20.

s.) bey Vergleichung der Stammgüter mit den ihnen verwandten Weiberlehen.

Endlich muß ich noch eines Arguments erwähnen, dessen man sich auch wohl bedient, um die Zuverlässigkeit der cognatischen Stammfolge zu beweisen, nehmlich deren Vergleichung mit Weiberlehen (feuda feminina). Daß Stamm- und Lehngüter in gar vieler Rücksicht übereinkommen, demnach eins nach dem andern füglich beurtheilt werden könne, und mithin eine Vergleichung beider nicht ganz unpassend sey, will ich nicht bezweifeln; allein man gehe hierbey nur nicht ultra tertium comparationis. Der Grund ihrer Aehnlichkeit liegt offenbar blos darin, daß die dabey statt habende Erbfolge bey beiden auf einem und demselben Fundament, conservatio splendoris familiae, beruht, allein dieses Fundament ist den Stammgütern nicht gerade nur mit weiblichen Lehen, sondern mit allen, ja eher, kann man sagen, ausschliessend mit Mannlehen gemein, es wird also eine Vergleichung derselben auf jeden Fall richtiger mit diesen, als mit jenen, geschehen können. Ist aber dies,

so

so sehe ich doch nicht, wie man, da anerkannt bey Lehen die Erbfolge der Cognaten eine Abweichung von der Natur derselben ist, die erst durch specielle Abrede begründet werden kann, eine gleiche Abweichung bey Stammgütern auch ohne eine solche specielle Norm annehmen will, da beide Successionsarten so ganz auf gleichen Gründen beruhen. Es ist vielmehr in der Regel und der Vermuthung nach, so wie ein Lehen stets für ein Mannlehen, so auch ein Stammgut stets für ein agnatisches oder reines Stammgut zu halten, und eben der Umstand, wodurch jenes apert wird, das Aussterben des Mannsstamms, bringt auch dies zu seiner Eigenschaft, nur mit dem Unterschiede, daß in einem solchen Falle jenes dem Lehnsherrn, dies hingegen den Intestaterben, oder wem es der letzte Besitzer zuwenden wollte, anfällt. Ueberdas aber kann, wenn gleich die Succession in Weiberlehen nach Regredienterbrecht geschieht, davon auf Stammgüter auch um deswillen kein Schluß gezogen werden, weil solches alsdann selbst bey jenen nicht einmal die Natur eines solchen Lehens, sondern die bey dessen Errichtung getroffene Abrede, nehmlich weiblicher Succession und zwar nach der Ordnung der Lehnsfolge, zum Grunde hat.

§. 21.

γ) vom ultimo suae gentis:

1.) Ueberhaupt.

So steht nunmehr der Satz von allen Seiten fest, daß nach gänzlichem Abgang aller männlichen Agnaten zwar die Cognaten zur Succession kommen können, je-

doch weder durch die Stammgutsstiftung selbst dazu berechtigt, noch auch vermöge eines ihnen zustehenden Regredienterbrechts, sondern als nächste Verwandte und Intestaterben des letzten Besitzers, daher also auch nur bedingungsweise, wenn nehmlich dieser nicht gegentheilig disponirte; denn da, so wie das Stammgut auf ihn devolvirt wird, nunmehr dessen Zweck vollständigst erreicht ist, und so auch das hieran geknüpfte Veräusserungsverbot ausser der Familie nothwendig cessirt, da selbst dessen Beobachtung wegen Mangel eigentlicher Familienglieder für die Zukunft unmöglich wird, so hat demnach der letzte Besitzer vom agnatischen Mannsstamm völlig freie Befugniß, das bey seinem Ableben wieder allodial werdende Gut, jedoch nun wieder mit Ausschluß des seinen Kindern davon gebührenden Pflichttheils, an wen er will, zu veräussern, welche Befugniß er dann nicht nur expresse durch besondre Dispositionen, unter den Lebendigen sowohl, als auf den Todesfall, sondern auch tacite, durch Zulassung der Intestaterbfolge ausüben kann; wobey jedoch zu bemerken, daß, da, wie ich vorhin bewiesen, ein jeder in der Stammgutsstiftung mit begriffene und vermöge dieser zur Succession gelangende Besitzer des Stammguts, schlechterdings verbunden ist, seine ganze Lebenszeit hindurch diesen Besitz und den Genuß desselben auch selbst beizubehalten, oder, wo nicht, damit auch alle Rechte, die ihm je an dem Gute competirten, und die ihm lediglich unter dieser Bedingung zugestanden sind, sofort gänzlich aufzugeben (§. 10.); daß also bey dieser Lage der Sache eine bey seinen Lebzeiten (unter obiger Voraussetzung sonst gültig) geschehende Disposition über das Stammgut, dennoch nicht anders zu Recht bestehen

kann,

kann, als wenn zum wenigstens deren Würksamkeit und die Ausübung der solchergestalt übertragenenen Gerechtsame allererst auf die Todeszeit des Alienanten hinausgesetzt ist.

§. 22.

2.) insonderheit mit Rücksicht auf die denselben überlebenden weiblichen Agnaten.

Schließlich entsteht jedoch hierbey noch eine Frage, deren Beantwortung mir nicht so ganz unbedenklich scheint: ob nehmlich schon der letzte männliche Agnat, wenn noch weibliche agnatische Descendenten vorhanden sind, ultimus suae gentis sey, mithin als solcher das Stammgut frey zu veräussern berechtigt und überhaupt nach den im vorigen § angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen sey; oder ob er nicht vielmehr dasselbe erst noch nach stemmatischer Ordnung auf sie transferiren müsse? — Ich glaube das erstere, also weibliche Agnaten succediren nicht anders, als wenn zufällig durch Römische Intestat, oder testamentarische Erbfolge das Stammgut auf sie devolvirt wird. Sie haben auf das Stammgut, als solches, gerade nicht mehr Recht, als auch cognatische Descendenten, d. h. gar keines, denn, wenn sie gleich vor diesen das zum voraus haben, daß sie den eigentlichen Familien Nahmen führen, und auch wirklich durch Abstammung vom ersten Stifter führen, so treten doch bey ihnen vielfache andre Gründe ein, die sie zur Stammgutssuccession unfähig machen. Einmal nehmlich fällt es in die Augen, daß schon ihre bürgerliche Lage und Verhältnisse, als Weiber, sie, wo

nicht

nicht überhaupt, doch zum wenigstens auf die von dem Stifter beabsichtigte Art ihrem Nahmen äuseren Glanz zu verschaffen, gänzlich auſſer Stande setzen, mithin in ihnen schon der wesentlichste Zweck der Stammgutserrichtung unausführbar erscheinen würde. Darum aber sind sie auch als nicht blos ihrer Natur nach, sondern selbst durch die ausdrücklichen Bestimmungen der Stiftung für völlig ausgeschlossen anzusehn. Bey allen dergleichen Bestimmungen ist es nehmlich, wenn sie anders die dabey bezweckte Absicht ohne Ausnahme erfüllen und als eine stete Norm dienen sollen, Regel, stets nur auf solche Voraussetzungen zu bauen, die nach dem natürlichen Lauf der Dinge, der gewöhnlichen Ordnung der Natur erfolgen werden, und jene hiernach einzurichten. Von diesem Standpunct aus muſten weibliche Agnaten aus der Reihe der Stammgutssuccessoren ausgeschieden werden, obgleich eine Haupteigenschaft von solchen auch auf sie paßte. Das Weib darf nur seiner natürlichen Bestimmung folgen, so ist sein Familien Nahme erloschen, und trit ein andrer dem vorigen vielleicht ganz fremder Nahme an dessen Stelle; thut sie also dies, worauf man doch, wie oben erwähnt, stets rechnen muß, so ist es dann unmöglich, daß sie das Stammgut, als Stammgut, besitze; thut sie es nicht, welcher Fall jedoch, als Ausnahme von dem gewöhnlichen Natur-Gang, als entscheidend eigentlich gar in keinen Betracht kommen kann, so stirbt wenigstens der Nahme mit ihrem Tode aus; darum zweifelt kein Mensch, daß Weiber, auch wenn sie vom ersten Constituenten abstammen dennoch, solange nehmlich Agnaten existiren, immer übergangen und diese, wenn gleich dem Grade nach entfern-

fernter, ihnen vorgezogen werden, und es wird keiner solchen jemals eingefallen seyn, das Stammgut bey Lebzeiten der männlichen Agnaten, wenigstens solange zu prätendiren, als sie am Leben oder unverheirathet bleiben würde. Trit aber dies alsdann ein, wenn noch männliche Agnaten vorhanden sind, so ist kein Grund vorhanden, ein andres auf den Fall zu statuiren, wenn deren keine mehr übrig sind. Woher auch sollte man für sie ein Successionsrecht ableiten, das ihnen vorher notorisch gänzlich entzogen war? Derselbe Grund, wegen dessen man das Stammgut vorher nicht auf die unverheiratheten näheren Agnatinnen kommen, und solches bis zu deren Tod in ihren Händen lies, ehe die entfernteren männlichen Agnaten dasselbe erhielten; der nehmliche Grnnd muß auch im vorliegenden Falle enscheidend seyn. Sie wurden als solche betrachtet, die durch den Besitz des Stammguts doch dessen Zwecke nicht erfüllen konnten, das paßt auch hier auf gleiche Weise. Und wollte man dagegen einwenden, daß doch ein Umstand, der jenen entgegenstehe, auch ebenwohl auf den ultimum suae gentis anwendbar sey, daß er doch den Familien Nahmen auch nicht fortsetzen könne, sondern dieser, wie bey jenen, auch bey ihm mit dem Tode erlösche; und daß mithin dieser Umstand auf die Successionsfähigkeit keinen Einfluß haben könne, so läßt sich darauf antworten: Was bei den weiblichen Agnaten absolute Nothwendigkeit ist, was man ohne Rücksicht auf besondre Individuen schon im Allgemeinen mit ungezweifelter Gewißheit voraussehen kann und daher voraussetzen muß, ebendas ist, wenn es auch einmal bey einem männlichen Agnaten statt findet, nur zufällig, und also schlechterdings nicht

dazu

dazu geeignet, als Fundament allgemein gültiger Rechtsgrundsätze gebraucht zu werden; ohnehin ist es ein äußerst seltner Fall, daß es sich schon in dem Augenblick der devolvirten Succession mit Gewißheit sagen ließe, der neue Successor werde ohne Nachkommen sterben und mit ihm also die Stammqualität wegen Ermangelung eines dazu fähigen Subjects ihre Endschaft erreichen. Gewöhnlich wird ein solcher schon lange in dem Besitz des Stammguts gewesen seyn, ehe es noch ausgemacht ist, daß er der letzte seines Stammes seyn werde. Ihm aber auf diesen Fall das Stammgut zu entziehen, geht deshalb doch nicht an, weil 1.) er ohne Zweifel rechtmäßigerweise in den Besitz gekommen ist, und folglich eines erst nachher hinzugekommenen blos zufälligen Umstandes wegen daraus nicht verdrängt werden kann; zumal auch 2.) — selbst von seinen aus der Stammgutsstiftung abzuleitenden Gerechtsamen gänzlich abstrahirt — dennoch Niemand vorhanden ist, der gegenwärtig ein näheres Recht an dem Gute auszuüben vermöchte, und endlich 3.) er doch für seine Person noch immer, solange er lebt, die Zwecke der Stiftung vollständigst zu erfüllen im Stande ist. Alle diese Gründe treten hingegen bey einer nach ihm fortlebenden weiblichen Agnatin nicht ein, und es kann daher eine solche auf das Stammgut auch kein den letzten Besitzer einschränkendes Recht behaupten. Er darf folglich auf seinen Todesfall völlig frey darüber disponiren, es zuzuwenden, wem er will, oder ohne Disposition seinen nächsten Verwandten, die nun nach Regeln der Röm. Intestaterbfolge eintreten, überlassen.

Ein

Ein Pfandgläubiger muß auch den durch das geringste Versehen dem Pfande zugefügten Schaden ersetzen.

Wie sehr dieser Satz der vereinten Meinung aller bisherigen Schriftsteller im juristischen Fach, wie sehr selbst dem beinahe durchgehends angenommenen Gerichtsgebrauch widerstreite, weis ich zu gut, als daß ich hoffen dürfte, mit meiner Behauptung, und wenn sie auch noch so bündig bewiesen werden könnte, gegen jene durchdringen zu können; meine Absicht ist daher auch nur, diejenigen Gründe, welche mir zu meiner subjectiven Ueberzeugung hinlänglich schienen, denen vorzulegen, die, wenn andre den vielleicht ganz willkührlichen Ausspruch eines Stryk oder Leyser ungeprüft als gesetzlich verehren, und dem particulären Gerichtsgebrauch einzelner Orte die Verbindungskraft eines allgemeinen Gewohnheitsrechts beilegen, vielmehr aus den Quellen selbst sich eines besseren zu belehren bemüht sind. Solche werden meine Gründe erst prüfen, und dann urtheilen, welche Meinung die gegründetere sey.

§. 1.

Darstellung der bisherigen Lage der Sache.

Als ein über allen Zweifel erhabener Rechtssatz ward bisher die Behauptung angenommen, daß der Pfandgläubiger nichts mehr, als den mitleren Grad des Fleißes anzuwenden verbunden, und nur denjenigen Schaden zu ersetzen schuldig sey, welcher durch eine dieser Verbindlichkeit zuwiderlaufende Nachlässigkeit entstanden wäre. Dies mußte Wahrheit seyn, weil eine lange Observanz es so mit sich brachte, so laut auch die deutlichsten Gesetze dagegen sprachen. Und wenn gleich unter denen, die sich seit den ältesten Zeiten her mit Interpretation der Gesetze beschäfftigten, nur sehr wenige sind, denen nicht auch die hierüber disponirenden Stellen einer besonderen Aufmerksamkeit werth geschienen hätten, so war doch ihrer aller Augenmerk stets nur darauf gerichtet, diese ganz klaren Vorschriften durch unnatürliche Constructionen, durch Veränderung von Buchstaben, durch Einschaltung ganzer Silben und was dergleichen Hülfsmittel mehr sind, dahin zu verdrehen, daß sie mit der einmal als unträglich angenommenen Meinung übereinstimmten, statt daß man vielmehr hätte untersuchen sollen, ob sich nicht mit Beibehaltung der Worte und einer natürlichen Uebersetzung derselben doch ein vernünftiger Grund auffinden liesse, warum der Gesetzgeber gerade so und nicht anders entschied. Ist ein solcher Grund wirklich vorhanden, so bedarf es aller der Erklärungen nicht, denen vorzüglich die l. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione von jeher ausgesetzt gewesen ist. Sonderbar genug, daß nur dies Gesetz stets als der vorzüglichste Stein des Anstoßes betrachtet

wur-

wurde, und daher stets der Hauptgegenstand der Bemühungen aller Interpreten älterer und neuerer Zeiten abgegeben hat, — dies Gesetz, welches, wenn auch der von ihnen hineingelegte Sinn in der That ganz klar und offen darin ausgedrückt wäre, dennoch gegen andre noch weit vorzüglichere am Ende nicht einmal etwas entscheiden könnte. So wollte Gerhard Noodt, dessen von Niellius schon früher bekannt gemachte Conjectur Leyser ohne Bedenken für die unbezweifelt richtigste erklärte, das in dem Gesetz vorkommende Wörtchen ut in at verwandeln; Pagenstecher ope geminationis dieses ut durch: obgleich übersetzen; und — ausser unzähligen andern, die bald eigne Meinungen aufstellen, bald nur den vorherigen beitreten oder sie weiter vertheidigen — Wieling auf eine in der That sehr sinnreiche Art, die Worte: in hac actione von der in principio legis erwähnten Klage gegen den dolosen Käufer des Pfandes verstehen a.) Inzwischen sind alle diese verschiedenen Auslegungsarten durchaus unnöthig, wenn es sich zeigen läßt, daß die Beibehaltung des Textes auf gewissen Gründen beruht

und

---

a.) Ein Hauptgrund gegen diese Erklärung entsteht aus der Verbindung, in welche das Gesetz mit dem nächstfolgenden, welches doch offenbar von der actione pignoratitia redet, indem es den Creditor bestimmt nennt, durch das Wörtchen igitur versetzt ist (§. 7.), indem wirklich, bey einigem Zweifel über den Gegenstand jener Stelle, schon aus dieser Verbindung eine authentische Interpretation derselben zu entnehmen wäre; — der völlig gleichstimmenden Disposition des Codex in l. 19. C. de pignoribus (§. 4.) nicht einmal zu gedenken.

und mit allgemeinen Rechtsprincipien nicht ganz unvereinbarlich sey, daß aber dies wirklich angehe, davon bin ich völlig überzeugt, werde jedoch, bevor ich mich hierüber näher erkläre, vorerst die einzelnen Gesetze selbst anführen, welche meiner Behauptung zur festen Stütze dienen, die von den Gegnern angeführten aber erst am Ende zu widerlegen und somit zu zeigen suchen, wie wenig fundirt jeder darauf gebaute gegentheilige Beweisgrund sey.

§. 2.

Ausführung der richtigeren Meinung:

a.) bewiesen durch entscheidende Gesetze:

α.) der Pandecten:

Für einen ganz unbefangenen Leser würde es wahrlich schon genug seyn, die Worte der l. 13 § 1. D. de pignoratitia actione anzuführen, um ihn zu überzeugen, daß hierdurch dem Pfandgläubiger die Verbindlichkeit auferlegt werde, den grösmöglichen Grad des Fleisses bey Aufbewahrung des Pfandes anzuwenden, und daß nur ein unvermeidlicher Zufall ihn von Ersetzung des daran geschehenen Schadens befreien könne; die so berühmten Worte derselben: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit; scheinen wirklich recht dazu ausgesucht zu seyn, um ja keinen Zweifel über jenen Satz übrig zu lassen. Nicht genug, daß darin alle drey Grade der Nachlässigkeit ganz bestimmt und ausdrücklich angegeben werden, vergleicht auch der Jurist des mehreren Nachdrucks

hal-

halben die Pfandklage in dieser Hinsicht mit der aus dem Leihcontract entstehenden, wobey ebenmässig alle drey Grade der Schuld prästirt werden müssen; ja hiermit nicht zufrieden, fügt er sogar noch in den Worten: vis major non venit, den Gegensatz hinzu, daß nur äussere Gewalt, welcher der Inhaber zu widerstehen nicht im Stande war, zu seiner Entschuldigung hinreichen solle, diese allein ausgenommen er aber jeden, quovis alio sit modo, zugefügten Schaden ersetzen müsse, wie denn gerade dieser Ausdruck gewöhnlich bey den Fällen, wo auch *culpa leviſſima* zu prästiren ist, vorkommt; cf. l. 30. §. 3. ad leg. Aquil. l. 13 C mandati. — Dies ist, so wird jeder, durch vorgefaßte Meinungen nur nicht ganz verblendete, mit mir eingestehen müssen, die natürlichste und den Worten angemessenste Erklärung des angeführten Gesetzes. Nur der Mangel der Uebereinstimmung mit allgemeiner Rechtsanalogie war es, welcher bisher dem ihr gewiß sonst nicht versagenden Beifall den Weg vertrat. Ohne mich jedoch weiter auf die Widerlegung der unzähligen auf andre Art versuchten Interpretationen, deren vorzüglichste ich bereits oben erwähnt habe, einzulassen, beschränke ich mich auf die einzige von Cujaz, soviel ich weis zuerst angegebene, von Pagenstecher jun. aber durch eine auf die Autorität der Basiliken gestützte, obwohl äusserst gewagte Conjectur noch wahrscheinlicher gemachte Auslegung. Beider Meinung lauft in der Hauptsache darauf hinaus, daß zwar in diesem Gesetze allerdings von der Pfandklage die Rede sey, und daß auch für diese die Leistung eines jeden Grades der Nachlässigkeit wirklich festgesetzt werde, daß aber demungeachtet dieses nicht so ganz allgemein zu nehmen, sondern pro subſtrato caſu zu

erklä-

erklären und den hierbey eintretenden Umständen anzupassen sey. In dieser Hinsicht werde der Pfandcontract mit dem Commodat (und nach Pagenstecher auch mit dem Depositencontract, welchen er durch das Wort custodia bezeichnet glaubt) verglichen. Bey diesen Contracten nehmlich werde nach Verschiedenheit des vorkommenden Falles bald culpa levissima, bald levis, ja bisweilen nur dolus und culpa lata prästirt. Ebenso verhalte es sich dann auch mit dem Pfandcontracte; Je nachdem nehmlich der Pfandgläubiger und Schuldner gleichen Vortheil haben, oder das Pfand zu des einen Nutzen allein constituirt sey, wäre derselbe zu mitlerem, geringstem oder sogar höchsten Fleiße verbunden. — Dieser Erklärung steht aber nichts weiter entgegen, als daß 1.) nur ein einziger, noch dazu nicht gar leicht vorkommender, Fall gedenkbar ist, wo der Gläubiger allein vom Pfande Vortheil hätte (wenn nehmlich die Schuld vorher ohne Pfand constituirt war, überdies der debitor völlig sicher ist, auch ohne Pfand ferner in Besitz derselben zu bleiben, und dennoch von freien Stücken etwas dafür verpfändet); dahingegen das Commodat unter 100 gewiß 99 mal allein zu des commodatarii Nutzen abzweckt, und gerade der entgegengesetzte, bey dem Pfand bey weitem gewöhnlichste Fall des beiderseitigen Vortheils, dort unter die äusserst seltnen gehört; woraus denn ohne Mühe abzunehmen ist, daß es wohl nicht leicht einen Vertrag giebt, der qaoad praestationem culpae dem Pfandcontract so durchaus unähnlich und dieserhalb zu vergleichen mit demselben so ganz untauglich wäre, als gerade das Commodat. Was könnte auch wohl unter diesen Umständen den Ulpian bewogen haben,

ben, gerade diesen zu wählen, da beinahe alle übrigen Contracte seinem Zweck dienlicher gewesen seyn würden, wenn es seine Absicht war, dem Pfandgläubiger (wenigstens in der Regel) nicht mehr aufzulegen, als die Prästation des mitleren Fleisses? Wären dazu nicht der Kauf- und der Miethscontract, ja selbst der Gesellschafts- und Darlehnscontract weit geschickter gewesen, wenn er nicht ausdrücklich einen solchen suchte, der *regulariter* wenigstens die Verbindlichkeit zum höchsten Fleisse auflegte? Denn daran wird doch wohl niemand im Ernste denken, daß ein Mann, wie Ulpian, dadurch, daß er so eben von einem andern Geschäfft redete, sich verleiten lassen werde, darum eine völlig unpassende Vergleichung dieses Geschäffts mit dem vorhin behandelten sich zu Schulden kommen zu lassen.

§. 3.

β.) aus den Institutionen.

Alle demungeachtet zurückbleibende Zweifel lassen sich aber II.) völlig durch Anführung einiger andern Gesetze heben. Bey einem derselben, der l. 19 C. de pignoribus werde ich mich unten länger aufhalten, vorzüglich aber kommt hier in Betracht der §. ult. J. quibus modis re contrah. obl. und dessen nachstehende Worte: "Sed quia „pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis „pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto „sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem *exactam* „*diligentiam* adhibeat: quam si praestiterit, et *aliquo* „*fortuito casu* rem amiserit: securum esse, nec impe„diri, creditum petere." Von den Gründen dieser Dis-

posi-

position vorerst gänzlich abstrahirend, genügt mir eine wörtliche Uebersetzung der Stelle zu meinem Zwecke vollkommen. Nach dieser enthält sie folgendes: Weil der Pfandcontract (gewöhnlich) zu beider Contrahenten Vortheil abzielt, sowohl des Schuldners, damit er das Geld erhalte, als des Gläubigers, damit er sicher sey: so wird es für hinreichend geachtet, wenn dieser zu Aufbewahrung der Sache einen ausgezeichneten Grad des Fleißes (exactam diligentiam) anwendet; thut er dies, und verliert durch einen blos ungefähren Zufall das Pfand, so reicht das zu seiner Rechtfertigung hin, er kann demungeachtet seine Forderung verlangen. — Hier ist nun offenbar auch auf den Fall, wo beide Theile Vortheil haben, die Prästation der culpae leviſſimae festgesetzt, ja sogar eben dies zum Grund einer solchen Entscheidung angegeben. (Warum dies geschehen sey, da sonst gewöhnlich aus dem nehmlichen Grunde nur Exaction der culpae levis verstattet wird, davon im 5ten § weitläuftiger). Dies setzt den Ungrund jener von Cujaz und Pagenstecher vorgeschlagenen Interpretation der l. 13 § 1. de pign. act. ganz ausser Zweifel, und bleibt dabey nur die einzige vielleicht jemanden einfallende Bedenklichkeit zu heben übrig, ob denn auch unter diligentia exacta wirklich der höchste Grad des Fleisses verstanden werde? — Allerdings wird er das, denn 1.) fehlt es nicht an Stellen, wo sogar der Ausdruck: diligentia ohne weiteren Zusatz für diligentiam ſummam genommen und sogar der culpae (levi) ausdrücklich contradistinguirt wird; cf. l. 5. §. 2. in f. commodati. l. 23. de R. J. l. 47. §. 5. de legatis I. 2.) Der Jurist fügt noch das Prädicat: exacta hinzu, und will mithin nicht etwa einen blos gemeinen,

meinen, sondern einen vorzüglichen Grad des Fleisses anzeigen, was wird aber wohl unter diligentia summa, wenn man ihr die culpam leviſſimam entgegensetzt: anders verstanden, als ein sich über das gewöhnliche erhebender Grad der Sorgfalt? — und endlich 3.) ist ganz ausdrücklich blos der casus fortuitus ausgenommen, da doch, wenn nur culpa levis zu leisten wäre, es nöthiger gewesen seyn würde, eher von der leviſſima zu sagen, daß sie dem Gläubiger erlassen würde, als von dem casu, von dem dies sich nach der Analogie andrer Verträge ohnehin schon von selbst verstand. Dieser Zusatz aber wurde gemacht, damit es desto auffallender seyn solle, daß jeder, auch der geringste Grad von Nachläſsigkeit dem Gläubiger imputirt werden solle. Will doch Hofacker (in princ. iur civ. T. III. § 3035 not k.), und mit Recht, die bei weitem nicht so bestimmt redende l. 11. D. de negotiis gestis blos deswegen, weil darin regulariter der casus ausgenommen wird, auf culpam leviſſimam mit beziehen, ungeachtet ausdrücklich dastehet et culpa et dolus b.) — Wollte man aber dagegen einwenden, daß unter dem casu auch die culpa leviſſima mitbegriffen werde, so ist einestheils, wenn auch dies wirklich bisweilen als Regel angegeben wird, dieselbe so allgemein dennoch nirgends in den Gesetzen gegründet, und kann anderntheils, wer sie anführt, damit nichts anders sagen wollen, als daß in Fällen, wo es unbe-

---

b.) Die hieher gehörigen Worte jenes Gesetzes sind: „si „negotia absentis et ignorantis geras: & *culpam* & „dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam „*casum* praestare debere &c.“

zweifelt gewiß ist, daß culpa leviſſima nicht präſtirt wird, ihre Begehung alsdann keine andre Wirkung habe, als hätte ſich ein caſus fortuitus ereignet; dahingegen ſie in zweifelhaften Fällen als Entſcheidungsnorm keinesweges zu gebrauchen ist.

§. 4.

γ.) aus dem Codex.

Nach Erklärung dieſer beiden Stellen aus den Pandecten und Inſtitutionen, wende ich mich nun noch zu einigen ebendas, und zum Theil mit noch mehrerem Nachdruck verordnenden Geſetzen des Codex, unter denen ſich die l. 19. de pignoribus durch ganz vorzügliche Deutlichkeit, durch bündige Kürze nnd eben daher rührende beſtimmte Entſcheidung vor allen übrigen beſonders auszeichnet:

> Sicut vim maiorem pignorum creditor praeſtare non habet neceſſe; ita dolum et culpam, *ſed et cuſtodiam*, exhibere cogitur.

Wenn gleich ein Pfandgläubiger für unvermeidliche Zufälle einzuſtehen nicht verbunden iſt, ſo wird doch von ihm die Präſtation des doli und der mitleren Schuld, aber auch die Beobachtung des höchſten Fleiſſes mit Recht gefordert. — Beſtimmter, als es hier geſchehen, wüßte ich mich nicht auszudrücken, wenn es mir eigentlich darauf ankäme, die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Leiſtung der culpae leviſſimae recht lebhaft darzuſtellen. Es trit auch bey dieſem, wie bey den vorhin erklärten Geſetzen, ſowohl die ſeparate Bemerkung

der

der drey Grade von Schuld, als der durch Ausnahme des casus, zumal in dieser Verbindung noch nachdrücklicher, bewürkte Gegensatz ein. Als Vorzug vor jenen, insonderheit der oben erklärten Pandectenstelle, aber bemerke ich: a.) die Worte; sed et, welche ihrer gewöhnlichsten Bedeutung nach keinen andern Zweck haben können, als hier etwas besonderes, von gemeinen Rechten abweichendes und wenigstens nicht erwartetes anzuzeigen. b.) Die hier fehlenden und in der l. 13 D. cit. enthaltenen Worte: ut in commodato, welche in diesem Gesetz so manche auf einen andern Sinn zielende Conjectur veranlaßt haben; so wie ferner c.) den Umstand, daß diese Constitution hier ausser allem nexu mit andern steht und daher, wenn auch nicht ganz ausdrücklich vom creditore pignorum geredet wurde, doch von keinem andern Geschäfft verstanden werden kann, wie dies Wieling von der ostallegirten l. 13. de pign. act. vermuthete. — Der einzige Einwurf, der wohl gegen dies Gesetz gemacht worden, ist der, daß es von einem speciellen dem Kaiser vorgetragenen Falle zu verstehen sey; daß dies ein sehr schwacher, nur deswegen erdachter Vorwurf sey, weil man der eindringenden Klarheit jener Disposition nichts anders entgegen zu setzen vermochte, und sie demungeachtet durchaus nicht gelten lassen wollte, sieht jeder leicht; doch fehlt es mir auch nicht an juristischen Beweisen des Gegentheils, denn 1.) wenn auch in dem Gesetz ausdrücklich von einem speciellen Falle die Rede wäre, so würde ich nur auf den eine extensive Interpretation solcher Gesetze sogar verordnenden §. 2. der constit Justiniani de novo Codice faciendo verweisen, wo es am Ende heißt: „sicut et illas *vim generalis constitutionis* obtinere palam est, quae ad certas personas

„ rescriptae — — eidem novo codici propter utilitatem „ sanctionis insertae fuerunt.“ — Einer extensiven Auslegung bedarf es aber 2.) nicht einmal, da ja das Gesetz schon nach einer declarativen Interpretation ganz allgemein zu verstehen ist. Es enthält blos einen rechtlichen Satz, nichts von einem dabey vorauszusetzenden facto, und wollte man dies dennoch suppliren, so wüste ich nicht, wie dann noch ein einziges Gesetz des Codex sicher wäre, in seinem Werth zu bleiben, denn alsdann würde sich ein jeder, je nachdem es in subsirato sein Vortheil mit sich brächte, zu einem vorliegenden Gesetz seinen besonderen Fall hinzudenken können, und so dessen sonstige Anwendbarkeit unwürksam machen. Dazu aber kommt 3.) noch das, daß der nach obiger Voraussetzung (um die bezielte Absicht zu erreichen) bey der l. 19. cit. zu supponirende Fall so selten ist (§. 2.), daß er gewiß schon seiner Seltenheit wegen ausdrücklich angeführt seyn würde; und endlich 4.) daß soviele andre Gesetze das nehmliche festsetzen, bey denen man doch nicht durchgehends eine gleiche Interpretation adhibiren könnte Möchten immerhin alle diese Gesetze weniger deutlich reden, möchte selbst die dabey adhibirte Auslegung noch gezwungener seyn, wenn sie denn nur bey allen die nehmliche seyn, und auf allgemeine Grundsätze reducirt werden könnte, von denen man bei einer jeden der zu erklärenden Stellen auf gleiche Art ausgienge; aber so ist es doch gar zu auffallend, daß man, um nur alle jene so einleuchtend klaren Stellen nach der einmal angenommenen Meinung zu verdrehen, bey einer jeden eine andre Auslegung anwenden, bey einer jeden eine eigne Hypothese zum Grunde legen, und sie nach dieser erklären muß; das, dünkt mich, ist

der ſicherſte Beweis von der Ungewißheit oder gar Unrichtigkeit der gegenſeitigen Behauptung, zumal nach meiner Meinung bey keiner der vorzüglich entſcheidenden Stellen auch nur der mindeſte Zwang, nur die geringſte auſſerhalb liegende Vorausſetzung, oder nur ein Schein von gewaltſamer Verdrehung eines einzigen Wortes und Buchſtabens unterſtellt werden darf. So kann ich auſſer den bereits angeführten Geſetzen des Codex, wobey es ebenwenig einer andern als buchſtäblichen Ueberſetzung bedarf, zu fernerer Begründung meines Satzes anführen: vorerſt die l. 8. C. de pign. actione: „ſi *nulla* culpa ſeu ſegnitia creditori imputari poteſt: „pignorum amiſſorum dispendium ad periculum eius minime pertinet; und die l. 5. C. eod. „ſi creditor *ſine* „*vitio ſuo* argentum pignori datum perdiderit, reſtituere „id non cogitur: ſed ſi *culpae reus* deprehenditur, — „condemnari debet", welche Geſetze zwar wegen ihrer nicht ſo ganz vollkommnen Beſtimmtheit für ſich allein keinen vollen Beweis abgeben würden, doch aber um den aliunde ſchon angeführten noch mehr zu unterſtützen, unleugbar benutzt werden können.

§. 5.

b.) gerechtfertigt durch Angabe der Gründe, worauf jene Geſetze beruhen.

Nachdem ich ſo die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Beobachtung des vorzüglichſten Fleiſſes aus Geſetzen vollſtändig dargethan zu haben glaube, wird es zu einer gröſeren Ueberzeugung nöthig ſeyn, ſich nach einem Grunde umzuſehen, worauf dieſe doch immer ſin-

guläre Verordnung beruhe. Sonst ist es nemlich eine durchgängig anwendbare Regel, daß, sobald beide Contrahenten von einem eingegangenen Verrrage Vortheil haben, alsdann auch ein jeder nur zum Ersatz des culpa levi zugefügten Schadens verbunden sey, für culpam levissimam aber nicht einzustehen brauche; auffallend ist es daher allerdings, wenn bey diesem einzigen Contract, der sonst gar nichts Abweichendes von dem gewöhnlichen bey Verträgen geltenden Grundsätzen enthält, ein andres statt haben soll. Auffallend war auch mir dies, noch auffallender aber ein andrer bey Durchlesung der zu Aufklärung dieser Sonderbarkeit mir dienlich scheinenden Stellen bemerkter Umstand, der gerade aber nun mir alles erklärt: Bekannt genug ist es, und nach Grundsätzen des Naturrechts nicht weniger, als durch positive Gesetze (l. 23 in f. de R. I. l. 6 C. de pign. act.) bestätigt, daß, wenige seltne Fälle abgerechnet, niemand schuldig ist, für einen blos zufälligen Schaden einzustehn. Woher also die Menge von Verordnungen im Römischen Gesetzbuch, welche noch ganz besonders festsetzen, daß dieser ganz notorische Satz auch bey dem Pfandcontract Anwendung leide, da sich dies ohnehin schon von selbst verstand? — Wirklich finden sich deren so viele, als man nicht leicht bey irgend einer andern Materie über ein und denselben Gegenstand, und wenn er vorher noch so zweifelhaft gewesen wäre, antrifft; sowohl in den Pandecten; l. 13. §. 1. de pign. act., als in den Institutionen: §. 4. quibus mod. re contr. obl., und besonders im Codex: l. 5. l. 6. l. 8. l. 9. de pign. act. l. 19. l. 25. de pignoribus. Ganz natürlich führt dieser Ueberfluß an Decisionen gleichen Inhalts auf die Vermuthung, daß der darin enthaltne Satz, wo nicht sehr zwei-

fel-

felhaft, doch wenigstens mancher Bedenklichkeit unterworfen gewesen seyn müsse, daß deshalb die Kaiser oft um eine Entscheidung angegangen wurden, und so nach und nach ein solcher Vorrath davon zusammenkam. Diese Vermuthung bestätigt sich allenthalben, so auffallend auch immer der Gegenstand derselben ist; inzwischen erhalten wir darüber einigen Aufschluß, wenn wir in die ältere Geschichte des Römischen Pfandrechts zurückgehen. Da nehmlich findet sich, daß lange Zeit das Pfand nicht anders, als unter der Form einer Fiducia contrahirt wurde, deren Wesen es mit sich brachte, daß durch die altrömische Mancipation und Remancipation das Object des Pfandes dem Gläubiger eigenthümlich, jedoch widerruflich, sub lege retrovenditionis, verkauft wurde, c.) ungefähr wie im Mittelalter die Zinsen unter der Form von Widerkaufsgülten versprochen wurden. Durch ein solches Geschäfft gieng mit dem Besitz des Pfandes ohne Zweifel auch die Gefahr von dessen Verlust auf den Gläubiger über, der sogar vor verfolgter Remancipation als wirklicher Eigenthümer desselben zu betrachten war. — Und so wird es mit Rücksicht auf diesen Umstand sehr wahrscheinlich, daß selbst noch in neuern Zeiten, wo nun freilich jener modus cessirte, dennoch die Betrachtung der vielen und wichtigen Rechte, die dem Pfandgläubiger an dem Pfande competiren, und namentlich die demselben unter gewissen Umständen erlaubte Alienation, sonst nur ein annexum des Eigenthumsrechts, bei manchen vielleicht die

Idee

---

c.) Cf. *Cujacius* in notis ad Instit. Justin. Lib. III. Tit. II. §. 8. *Idem* ad Pauli recept. sentent. Lib. II. Tit. XIII.

Idee erregte, ob nicht das Pfand, solange es in diesem nexu bliebe, gewissermassen als dem Gläubiger eigen zu betrachten und so das periculum auf ihn transferirt zu halten sey. Wenigstens setzt die in l. 9 C. de pign. act. enthaltne Erklärung der Kaiser Diocletian und Maximian: — es sey daran nicht zu zweifeln, daß das Pfand im Eigenthum des Schuldners bleibe und also auch ihn dessen zufällig sich ereignender Verlust treffe —, die oder eine ähnliche Anfrage voraus. — Glaubte man aber wirklich, daß dem Gläubiger selbst für das periculum einzustehn, zugemuthet werden könne, hatte diese Meinung wohl gar schon bey vielen Eingang gefunden, wie man dies aus der so grossen Anzahl der dagegen erlassenen Verordnungen allerdings nicht ohne Wahrscheinlichkeit schliessen darf, so wird es gewiß niemanden mehr befremden, wenn ihm der Gesetzgeber wenigstens die gröste Sorgfalt in Bewahrung des Pfandes, und bey deren Versäumung die Erstattung des dadurch verursachten Nachtheils auferlegte, obgleich er ihn, weil denn doch der Pfandcontract auch zu des Schuldners Vortheil gereiche (§. 4 J. quibus mod. re contr. obl.) vom Ersatz des blos zufälligen Schadens frey sprach. Und so fällt dann, nachdem ich auf diese Art einen hinlänglichen Grund jener gesetzlichen Dispositionen (rationem legum) bestimmt zu haben glaube, der vorzüglichste von Ermangelung eines solchen Grundes hergenommene Einwurf gegen dieselben, gänzlich weg, und es bleiben der gegentheiligen Meinung nur noch einige allgemeine Gesetzesstellen übrig, deren Remotion nach der vorhergegangenen Auseinandersetzung nicht schwer seyn kann.

§. 6.

C.) Bestätigt durch Widerlegung der widersprechend scheinenden Stellen, namentlich

α.) der l. 5. §. 2. D. commodati

Das Hauptgesetz, woraus man die Befreiung des Pfandgläubigers von Prästation der culpae leviſſimae abzuleiten sucht, ist die l. 5. §. 2. commodati. Dies Gesetz sagt freilich ganz bestimmt: in pignore et dolus et culpa praestatur, d.) und culpa ohne weiteren Zusatz, bedeutet gewöhnlich culpam levem, wie ich diesen Ausdruck eben-

---

d.) Vollständig lautet diese Stelle so: Nunc videndum, „quid veniat in commodati actionem: utrum dolus an „et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem „in contractibus interdum dolum solum, interdum et „culpam praestamus: dolum in deposito; nam quia nul„la utilitas eius versatur, apud quem deponitur, me„rito dolus praestatur solus: nisi forte et merces ac„cessit; tunc enim etiam culpa exhibetur: aut si hoc „ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet „is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas „vertitur, ut in emto, in locato, in dote, in pignore, „in societate: et dolus et culpa praestatur etc.“ Nicht ohne bestimmte Absicht habe ich hier den grösten Theil des allegirten § extrahirt, um nehmlich auf den Gang aufmerksam zu machen, der hier genommen wird; und es wird einem sorgfältigen Leser nicht entgangen seyn, wie darin überhaupt nur drey Grade der Entschädigungsleistung angegeben sind, da es doch eigentlich deren fünfe giebt; der Verfasser nennt jedoch nur 1.) den dolus, 2.) culpa, ohne Bestimmung eines Grades, alſo

ebenfalls in den oben allegirten Gesetzen selbst erklärt habe. Auch leugne ich nicht, daß wenn dies das einzige Gesetz wäre, welches über die vom Pfandgläubiger zu ersetzende Nachlässigkeit etwas festsetzte, ich gar nicht zweifeln würde, ihn nur zur culpa levi verbunden zu halten. Allein eben darin wird, meiner Meinung nach, hauptsächlich gefehlt, daß man dies Gesetz zum allein entscheidenden erhebt und darnach alle übrigen zu interpretiren sucht, da man allen Regeln der Auslegungskunst zufolge, gerade umgekehrt verfahren sollte; denn dies Gesetz stellt nur allgemeine Regeln auf, jene hingegen haben einen speciellen Fall zum Gegenstande und entscheiden denselben ganz isolirt, und ohne alle Beziehung auf allgemeine Gründe; dieses erwähnt des Pfandcontracts nur ganz beiläufig und nebenher, verbis enunciationis, jene hingegen reden ganz nachdrücklich und bestimmen dispositive, was beim Pfandcontracte Rechtens seyn soll. Das allgemeine und unbestimmt redende Gesetz muß also den speciellen in bestimmten Ausdrücken disponirenden Gesetzen weichen. Diese stehen für sich und geben die entschei-

den-

---

im Allgemeinen irgend ein Versehn; und 3.) periculum, ungefähren Zufall; er sagt ausdrücklich: utrum *dolus*, an et *culpa*, an vero et omne *periculum*, und wiederholt dies sogar in den kurz nachher folgenden Worten: interdum *dolum solum*, interdum et *culpam*; er wollte also offenbar nichts weiter, als einen ganz allgemeinen Maasstab aufstellen, um nur überhaupt einen Begriff davon zu geben, nach welchen Grundsätzen ungefähr bey Bestimmung der Verbindlichkeit zum Schadensersatz verfahren würde.

dende Norm; was damit nicht vereinbarlich scheint, muß auf jede mögliche und rechtlich zu gestattende Art dahin interpretirt werden, daß dieser erscheinende Widerspruch verschwinde, und es ist denn nicht mehr davon die Rede, welchen Sinn das Gesetz nach einer wörtlichen Uebersezzung habe, sondern ob es, ohne den Worten übermässig Gewalt anzuthun, nicht auch einen andern, hier gerade dienlicheren Sinn haben könne? — Und aus diesem Gesichtspuncte die Sache angesehn, lassen sich zu Hinwegräumung desselben allerdings mehrere nicht unerhebliche Gründe anführen; denn 1.) sind die darin gebrauchten Ausdrücke so schwankend, daß man sie ohne große Schwierigkeit auf die eine und andere Art erklären kann: Culpa heißt freilich bey weitem in den mehrsten Fällen so viel als culpa levis, allein es giebt doch auch Stellen, wo darunter omnis culpa verstanden wird. Bekanntlich kann doch mit der actione legis Aquiliae, so wie von einem mandatario jeder Grad des Fleisses, auch der höchste, rechtlich gefordert werden, und dennoch steht in l. 30. §3. ad leg. Aquil. wo vom incendio die Rede ist: „in hac „actione et dolus et *culpa* punitur. At si omnia, quae „oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem „produxit, caret *culpa*", wo nach der eigenthümlichen Natur dieser Klage und nach der von dem Juristen selbst geschehenen Entgegensetzung des ungefähren Zufalls, unter culpa nichts anders, als omnis culpa verstanden werden kann; und ebenso in l. 11. C. mandati: „Procura„torem — — tam dolum, quam *culpam* praestare, ne„cesse est", da doch kurz nachher in der l. 13. C. eod. gesagt wird: „a procuratore et dolum et *omnem culpam*, „*non etiam improvisum casum* praestandum esse." Das

Werk

Wort culpa kann also auch im obigen Falle die leviſſimam mitbegreiffen, oder muß zum wenigſten ſo verſtanden werden, daß es keinen beſondern Grad derſelben beſtimmt. — Dieſe Unbeſtimmtheit im Ausdruck giebt mir noch einen zweiten Grund an die Hand: Ganz genau genommen laſſen ſich diejenigen Worte des Geſetzes, welche Beiſpiele zu dem vorhergehenden Satz enthalten: „ut in „emto, in locato, in dote, in pignore, in ſocietate", allenfalls als in einer Parentheſe befindlich anſehn, und dieſemnach blos auf den Vorderſatz beziehen. Alsdann wäre der Sinn der: Wenn beide Contrahenten Vortheil haben, ſo wird dolus und culpa präſtirt; dergleichen Geſchäffte aber, wovon beide Theile Vortheil haben, ſind z. B. der Kauff- der Mieths- der Pfandcontract ꝛc. dann wollte alſo der Juriſt nur Beiſpiele ſolcher Geſchäffte angeben, die zum Nutzen beider Theile abzwecken, ohne daß es deswegen gerade ſeine Meinung geweſen wäre, auf jeden einzelnen ſeine allgemeine Regel anzuwenden; er nannte in der erſteren Abſicht die, welche ihm gerade zuerſt einfielen, ohne vielleicht daran zu denken, daß unter der Menge der von ihm genannten auch einer befindlich wäre, der zwar auch jene Eigenſchaften hätte, auf welchen aber das ſonſt auf dieſe Eigenſchaft gegründete Rechtsprincip propter ſpecialem exemtionem dennoch keine Anwendung leide. — Wie wenig zudem 2) überhaupt auf dergleichen allgemein redende Stellen zu halten ſey, davon giebt die l. 23. D. reg. iur., welche mit dem vorliegenden Geſetz einen Verfaſſer hat und in Beſtimmung von der Präſtation der culpae den nehmlichen Gang nimmt, den offenbarſten Beweis. Darin wird der Mandats- Leihe- Kauf- Pfand- und Miethscontract ganz in eine

Claſſe

Classe gesetzt, und von diesen gemeinschaftlich gesagt, daß darin dolus und culpa prästirt werden müsse, wovon aber, was noch am auffallendsten ist, die negotiorum gestio, als in welcher auch diligentia prästirt werden soll, ausdrücklich ausgenommen wird. — Wie kann man sich da noch an allgemeine Regeln halten, die bald so, bald anders abgefaßt sind; und nur Ungewißheit erzeugen da, wo specielle Entscheidungen keinen Zweifel mehr übrig lassen? — Doch ich gehe weiter: 3.) l. 5. §. 2. commodati ist ein Gesetz aus den Pandecten; diesem alle Kraft zu rauben, und wäre es auch noch so klar und entscheidend, bedarf es nur Eines gegentheiligen Gesetzes aus dem Codex, der in Collisionsfällen beständig den Pandecten derogirt. Hier berufe ich mich daher nur instar omnium l. 19. C. de pignoribus, wogegen sich durchaus nichts einwenden läßt (§. 4.).

§. 7.

§. l. 14. D. de pign. actione.

Aus den nehmlichen Gründen, welche ich der Anwendbarkeit des vorhin erwähnten Gesetzes entgegengestellt habe, würde sich dann auch ein andres Gesetz bestreiten lassen, welches noch von einigen angezogen wird: l. 14. D. de pign. act. Doch stehen diesem insbesondre auch noch folgende Gründe entgegen: 1.) es wird darin dem Gläubiger der Grad des Fleisses auferlegt, den ein *diligens* patertamilias in seinen Geschäfften anzuwenden pflegt. Schon dies zeigt, daß es mit dem Fleisse, den jeder gewöhnliche Hausvater adhibirt, noch nicht gethan sey, sondern ein besonders fleissiger Hausvater ihm zur Nachah-

mung

mung vorgestellt wird. Hierzu kommt, daß wie oben gezeigt worden, die Gesetze durch den Ausdruck: diligentia gewöhnlich einen vorzüglichen Grad des Fleisses bezeichnen (§ 3. n. 1.). Diese Erklärung bestätigt aber auch 2.) der ganze Contexte, in welchem dies Gesetz von den Compilatoren der Pandecten gesetzt ist: durch das Wörtchen igitur ist es mit dem vorigen Gesetz verbunden, mithin, wie soviele andre, wobey ebendies statt hat, e.) mit demselben als eins anzusehn und daraus zu erklären; und enthält dasselbe demnach nichts weiter, als eine bestätigende Wiederholung des vorher mit andern Worten gesagten:

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, *venit* et *custodia*, vis major non venit. Ea igitur, quae *diligens* paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Allge-

e.) l. 1. in f. l. 2. de adq. rer. dominio. l. 17. in f. l. 18. de legat. I. l. 1. in f. l. 2. l. 3. pr. de incendio. l. 13. §. 31. l. 14. — l. 15. l. 16. — l. 19. l. 20. de act. emt. vend.

Allgemeine Regeln

zur Bestimmung des oneris probandi, und deren Anwendung auf einige besondre Fälle.

Erster Abschnitt.

Entwickelung der Grundsätze, wonach sich diese Bestimmung richtet.

§. 1.

Vorerinnerungen.

Ist ein Proceß nach Vollendung des präparatorischen Verfahrens so weit gediehen, daß nun darüber kein Zweifel mehr obwaltet, was eigentlich der wahre Streitpunct sey, und es zeigt sich dabey, daß die Parteien, selbst noch nicht einmal — in den hin und wieder vorgebrachten factischen Umständen einig sind, so bleibt jetzt nichts anders übrig, als vor allen Dingen, über deren Wahrheit die nöthige Aufklärung zu bewerkstelligen. — Hier hebt sich also ein neuer Abschnitt des Processes, das Beweisverfahren, an; und hier gerade ist der Zeitpunct, wo es darauf ankommt, zu wissen, wem von beiden Parteien der Beweis einer oder der andern streitigen Thatsache obliege. Wie gar oft von dem Richter bey dieser Bestimmung gefehlt

fehlt werde, ist bekannt genug; wie sehr aber eben dadurch demjenigen zu nahe geschieht, der nur durch richterlichen Befehl genöthigt wird, eine Beweisführung zu übernehmen, zu der er rechtlich nicht verbunden war, sieht jeder leicht, dem es nur bekannt ist, wie so ganz mit vollem Rechte der Beweis ein wahres onus genannt zu werden verdiene.— Solche Regeln aufzustellen, durch deren Anwendung dergleichen Ungerechtigkeiten vermieden werden können, ist daher jetzt meine Absicht.

Bisher nahm man hierbey durchgehends den Grundsatz an, daß der Kläger den Beweis seines Klagfacti übernehmen, und der Beklagte die Wahrheit der seinen Einreden zum Grund liegenden Thatsachen darthun müsse; und es ist dieser Grundsatz allerdings auch vollkommen richtig, ja in der That allein entscheidend. Nur daß seine Anwendung so vielen Schwierigkeiten unterworfen ist, daß sogar oft nun wieder Ungewißheit entsteht, ob das Vorbringen der einen Partey und insonderheit des Beklagten als Factum der Einrede oder blos als Ableugnung des Klagfacti zu betrachten sey, daß hierüber das Urtheil der neuesten processualischen Schriftsteller noch nicht immer einstimmig ausfällt, sondern nur gar zu häufig der eine etwas als Einrede ansieht, was der andre für negative litis Contestation ausgiebt, und so über das nehmliche Vorbringen bald dem einen, bald dem andern der Beweis auferlegt wird; nur dies ist es, was mich bewegt, jenen Grundsatz zu verlassen, und zu dessen Erläuterung einen andern aufzusuchen, der zwar endlich ebenwohl wieder dahin zurückführt, aber dennoch in der Form, wie ich ihn aufstellen werde, die Anwendung sehr zu erleichtern scheint. Schon

der

der durch ein jedes Handbuch des Processes a.) zu beweisende Umstand, daß die Vertheidiger jenes Grundsatzes, nur um ihn durchzuführen, sich nicht anders helfen zu können glauben, als daß sie davon wieder unzählige Ausnahmen statuiren, bezeugt wenigstens, wie leicht derselbe Mißdeutungen unterworfen seyn müsse, und wie zweckmässig es daher seyn werde, einen andern aufzustellen, der im Wesentlichen zwar derselbe, dennoch so gefaßt ist, daß ihm selbst jene Ausnahmsfälle als Folgerungen subordinirt werden könnten. Ich halte dies nicht für unmöglich, und will versuchen, meine Meinung darüber im Verfolg nicht nur theoretisch anzugeben, sondern auch in einzelnen Beispielen, die man sonst als dergleichen Ausnahmen betrachtete, oder wenigstens in der Anwendung für sehr zweifelhaft und schwierig hielte, deren Nutzbarkeit zu zeigen.

§. 2.

Vom themate probandi im Allgemeinen.

Zuständigkeit gewisser Befugnisse und ihre Ausübung ist bekanntlich stets Finalzweck eines jeden Rechtsstreits, und also die Bewahrheitung deren Erwerbs und Verlusts das einzige Ziel, auf dessen Erreichung alle und jede von den Parteien angeführten Thatsachen lediglich abzwecken. Blos solche Facta können daher überhaupt nur Gegenstand des Beweises seyn, alle übrigen werden als irrele-

vant

a.) Unter den neueren beziehe ich mich nur auf Danz im gemeinen ordentlichen bürgerlichen Proceß. §. 231. f99.

vant gar nicht einmal attendirt, und die Frage: wer von beiden Parteien das eine oder das andere, Erwerb oder Verlust des bestritnen Rechts behauptet habe, ist es daher auch ganz vorzüglich, ja beinahe nur allein, was den Richter bey Regulirung der Beweisführung leiten muß. Hiervon, um allen Mißverständnissen zu begegnen, eine nähere Erläuterung: wenn jemand sich der Ausübung des von einem andern gegen ihn behaupteten Rechts widersetzt, so können, falls er nicht etwa pure negando antwortet, die deshalb angeführten Gründe im Allgemeinen zwiefacher Art seyn: entweder solche, die den Erwerb des Rechts überhaupt verhinderten, und wodurch also, daß dem andern das Recht jemals zugestanden, gänzlich geleugnet wird; oder aber, die ohne den einmal geschehenen Erwerb des Rechts in Abrede zu stellen, nur darauf hinauslaufen, daß dasselbe jetzt nicht mehr ausgeübt werden könne, die also, diesen Ausdruck in einem weiteren Sinne genommen, den Verlust eines erworbenen Rechts bezielen. Die meisten dieser letzteren sind nun aber von der Art, daß sie, ohne die Rechtsverbindliche Wirkung des erwerbenden Facti selbst zu bezweifeln, sich auf ein neues Factum gründen, wodurch das einmal erworbene Recht in der Folge der Zeit wieder aufgehoben wurde, von denen also recht eigentlich es sich sagen läßt, daß sie eine Behauptung des WiederVerlusts jenes Rechtes in sich fassen, da stets eine der gewöhnlichen Aufhebungsarten von Rechten und Verbindlichkeiten ihnen zum Grunde liegt, wie das z. B. bey allen exceptionibus facti: solutionis, praescriptionis, transactionis etc. der Fall ist. Dahingegen giebt es Fälle, wo zwar ebenwohl ein Factum vorgegangen ist und zugegeben wird, welches an

sich

sich betrachtet zur Begründung des befragten Rechts geeignet und vollkommen hinreichend war, wo aber zugleich bey eben diesem Facto, per se obligatorio, gewisse Umstände hinzutreten, um deren willen die Gesetze dem Verbundenen erlauben, sich der Ausübung des wirklich erworbenen und nicht wieder erloschenen Rechts, der Erfüllung der wirklich begründeten und nicht wieder aufgehobenen Verbindlichkeit dennoch zu entziehen, wo also in eben dem Moment, durch eben den Vorgang, wodurch dem Kläger sein Recht erworben wurde, zugleich auch für den Beklagten eine Einrede erzeugt wird, durch deren Gebrauch er sich der Ausübung jenes Rechts zu widersetzen in Stand gesetzt wird. Solche Einreden werden, weil sie nicht auf einem neuen vom Klagfacto verschiedenen Vorgang beruhen, sondern nächst jenem facto blos gesetzlicher Vorschrift ihre Entstehung verdanken, exceptiones iuris genannt, wohin z. B. die exceptio SCti Macedoniani und Vellejani gehören. Daß solche den Verlust eines als erworben zugestandenen Rechts zum Gegenstande haben, läßt sich daher nur in sofern behaupten, als doch dies Recht als einmal existirend zugegeben wird, und nur dann erst seine Würksamkeit verliert, wenn der obligatus von der ihm verstatteten Einrede Gebrauch machen will; weil jedoch dabey das Recht selbst bestehen bleibt, und nur die Ausübung verhindert wird, so läßt sich, um jeden möglichen Einwurf dadurch zu entfernen, der obige Satz, hiernach modificirt, auch so ausdrücken: daß alle von den Parteien vorgebrachte Thatsachen, in so fern sie nur überhaupt als relevant in Betracht kommen, stets von der einen Seite den Erwerb eines gewissen Rechtes, von der an-

dern die Unwürksamkeit dieses erworbenen Rechts enthalten müssen. Nur diese beiden Umstände also sind demnach die einzigen Hauptfacta, auf deren Beweis, wenn sie streitig sind, vom Richter erkannt werden kann.

§. 3.

Bestimmung des oneris probandi.

So glaube ich nunmehr auf diese Voraussetzungen gegründet, mit wenigen Worten den Grundsatz als richtig und allgemein anwendbar aufstellen zu können: Wer sich auf den Erwerb eines Rechts gründet, muß diesen beweisen, so wie hingegen dem, welcher die Unwürksamkeit eines erworbenen Rechts behauptet, auch davon der Beweis obliegt. b.)

Die

b.) Ueberflüssig ist wohl hierbey die Bemerkung, daß es im Grunde einerley sey, ob ich den Erwerb eines Rechts, oder die Begründung der demselben gegenüberstehenden Verbindlichkeit, und ob ich den Verlust eines Rechts oder die Aufhebung der gegentheiligen Verbindlichkeit behaupte. Doch wird bey der Anwendung obigen Grundsatzes eine solche Abänderung im Ausdrucke nicht selten gute Dienste leisten, da z. B. bey Personalklagen selten vom Erwerb eines Rechts, sondern meist nur von Verbindlichkeit die Rede ist. Ebenso können, wo dies anwendbar scheint, die Ausdrücke: Ausübung eines Rechts, und: Erfüllung einer Verbindlichkeit füglich einander substituirt werden. — So wie denn auch ich beider Redensarten im Verfolg mich promiscue bedienen werde.

Die Richtigkeit dieses Satzes läßt sich ohne Rücksicht auf gesetzliche Verordnungen, die jedoch damit vollkommen harmoniren, schon aus der Natur der Sache darthun: Verlangt jemand von dem andern etwas, das ihm dieser verweigert, so ist wohl dabey dessen erste Frage: woher leitest du die Befugniß, dies zu fordern? und dann nichts selbst natürlicher Billigkeit angemessener, als daß nun jener zeige, wie er zu dieser Forderung komme, wie er das Recht erworben habe. Hat er aber einmal diesen Erwerb erwiesen, oder hat etwa gar der andre den einmal geschehenen Erwerb gleich anfangs zugestanden, will es aber demungeachtet jetzt nicht gelten lassen, behauptet also, daß er es jenes Erwerbs ungeachtet dennoch jetzt nicht mehr ausüben könne, so ist diese behauptete Unwürksamkeit ein neues Factum, dessen Beweis ohne Zweifel dem alleganti obliegt; denn ist ein Recht einmal als wirklich erworben anerkannt oder bewiesen, so wird es auch als mit allen, durch seine eigenthümliche Natur begründeten Wirkungen zuständig angesehen, falls nicht ein besonderer Umstand dasselbe ganz aufhebt oder zum wenigsten seine Wirksamkeit vereitelt. So lange also ein Umstand rechtlich nicht existirt, d. h. solange nicht durch förmlichen Beweis dessen Daseyn ausgemacht ist, kann jenes Recht, von dem, der es erworben hat, immerhin in voller Maaße ausgeübt und verfolgt werden; er kann sich, wenn ein andrer ihm diese Ausübung nicht zugestehen will, nur immer auf jenen Erwerb beziehen, hat dabey quam maximam fundatam intentionem, und mag es so ruhig erwarten, daß nun der andre darthue, worauf er seine Behauptung gründe, daß dasselbe dennoch nicht ausgeübt werden könne.

Und so liesse sich dann die angegebene Regel, wenn man nur das ebengesagte stets dabey vor Augen hat, freilich auch so ausdrücken: der Kläger muß im Ableugnungsfalle seine Klage, der Beklagte seine Einreden beweisen; ohne von derselben, wenn sie nur recht verstanden wird, weitere Ausnahmen zu statuiren; denn das Klagfactum wird, von allem Fremdartigen geschieden, immer nur den Erwerb des fraglichen Rechts, das Factum der Einrede stets nur den Verlust, die Unwürksamkeit dieses Rechts, nachdem dessen Erwerb zugestanden worden, enthalten; jede Behauptung des Beklagten hingegen, wodurch der Erwerb des Rechts selbst bezweifelt wird, ist nichts anders, als negative litis Contestation. — Ueberhaupt halte ich dies gerade für den Gesichtspunct, woraus sich am leichtesten und sichersten beurtheilen läßt, ob eine Behauptung des Beklagten wahre Einrede, oder ob sie nicht vielmehr negative litis Contestation sey, welche Bestimmung gar oft nicht ohne Schwierigkeit ist, so daß man darin selbst der Angabe sonst noch so bewährter Proceßsualisten c.) nicht durchgängig trauen darf.

§. 4.

Insbesondre vom qualificirten Eingeständniß.

Gerade an dieser Stelle halte ich es denn für vorzüglich nöthig, von der in dieser Materie so wichtigen confessione qualificata etwas näheres zu sagen. Confes-

c.) Cf. Schmid von Klagen und Einreden, an mehreren Stellen.

sio qualificata heißt nehmlich eine solche Einräumung gegnerischer Thatsachen, welche durch Hinzufügung eines neuen Facti eine besondre Einschränkung erhält. Hier sind nun zwey Fälle möglich: entweder es liegt einer solchen Erklärung ein wahres Eingeständniß des vom andern allegirten Facti zum Grunde, und die dabey befindliche Limitation spricht nur die noch fortdauernde Wirkung desselben ab, (confessio qualificata disjuncta); da ist dies in der That nichts anders, als eine affirmative litis Contestation mit angehängter Einrede, der Erwerb des befragten Rechts wird eingeräumt, aber dessen Wiedererlöschung behauptet, mithin liegt dem confitirenden der Beweis von dieser ob; oder im zweiten Falle: das den Worten nach erfolgte Eingeständniß ist überhaupt nur scheinbar und in der That ganz und gar nicht vorhanden, die vom confitirenden eingeräumten Thatsachen constituiren nur die Form des Geschäffts, worauf der Gegner den Erwerb des streitigen Rechts gründet, durch die adjicirte Limitation aber wird ein solcher Umstand geleugnet, von dem die materielle Existenz und Gültigkeit des Geschäffts dergestalt abhängt, daß ohne dessen Vorhandenseyn dasselbe gar nicht zu Stande kommen konnte. Ein so qualificirtes Eingeständniß (conf. qualif. conjuncta) ist wahre negative litis Contestation, der Umstand, worauf es eigentlich allein hier ankommt, der Erwerb des Rechts wird geleugnet, die eingestandenen Facta sind ausserwesentlich, und deren Einräumung kann dem confitenti auch deshalb nicht präjudiciren; es ist vielmehr nun, der anscheinenden Confession ungeachtet, der Gegner den Beweis des den Erwerb seines angeblichen Rechtes ausmachenden Facti nach wie vor zu übernehmen gehalten.

§. 5.

§. 5.

Von dilatorischen Einreden.

Auch noch einen Fall muß ich bei dieser Gelegenheit anführen, der vielleicht sonst als meinen obigen Bestimmungen nicht unterworfen, gegen mich angeführt werden könnte. Meine Behauptung war nehmlich, daß so wie das Klagfactum stets den Erwerb eines Rechts in sich fasse, so das Factum einer jeden wahren Einrede auf dessen Wiederverlust, auf dessen Unwürksamkeit hinziele; inzwischen trit häufig der Fall ein, daß ein Beklagter, ohne den Erwerb des Rechts zu leugnen, oder dessen Unwürksamkeit im Ganzen zu behaupten, sich demungeachtet für jetzt wenigstens dessen gegen ihn vorhabenden Ausübung widersetzt, dies nehmlich: durch Vorschützung einer dilatorischen Einrede. Im Grunde kommen diese Einreden hier wenig in Betracht, da sie auf die Entscheidung des eigentlichen Streitpuncts keinen Einfluß haben. Der bey weitem grössere Theil dieser Einreden ist überdies von der Art, daß nur ein processualischer Defect ihr Gegenstand ist; bey solchen kann es, da sie gleich beim Anfang des präparatorischen Verfahrens berichtigt werden müssen, zu einem eigentlichen Beweisverfahren gar nicht kommen; auch sind die mehrsten derselben so geeignet, daß auf deren blosse Allegation der Richter schon erkennen kann, weil es dabey nicht auf etwas factisches, sondern was Rechtens ist, ankommt. Nur wenige haben auf das in Frage seiende Recht selbst Beziehung, und für diese lassen sich durch eine genauere Untersuchung ihrer Natur gar leicht Regeln auffinden, nach denen man sich bey Bestimmung des oneris probandi zu richten hat. Bey dem dilato-

latorischen Verfahren überhaupt wird von der Zuständigkeit und Würksamkeit des bestritnen Rechts gänzlich abstrahirt, bey allen dahin gehörigen Einreden ist vielmehr das Hauptfactum ein solches, wodurch die gegenwärtige Persecution eines anerkannten oder jetzt wenigstens noch nicht bezweifelten Rechts abgesprochen wird; dies also macht, sobald es nicht zugegeben wird, das Beweisthema aus, die Beweisführung aber richtet sich wieder ganz, den obigen Regeln gemäs, nach der Art, wie jenes factum auf die befragte Ausübung würken soll. Entweder nehmlich spricht der excipiens dem Kläger dadurch die Befugniß, sein behauptetes Recht gegenwärtig zu verfolgen, ohne einigen Vorbehalt gänzlich ab, dann nähert sich eine solche Behauptung in der That einer negativen litis Contestation, wenn ich mich dieses Ausdrucks hier bedienen darf: der Beklagte läßt sich auf nichts ein, ehe der Kläger sein Recht als ein solches gerechtfertigt haben wird, welches von ihm gegenwärtig klagbar ausgeübt werden kann; hiervon muß dann der Kläger vorher den Beweis führen. Ein Beispiel ist die exceptio deficientis legitimationis ad causam, welche zwar gewöhnlich unter die Einreden, welche blos die Form des Processes betreffen, gerechnet wird, im Grund aber doch auch auf die merita causae Einfluß hat, da sie den jetzigen Kläger für seine Person das befragte Recht selbst ableugnet. — Oder aber der Excipient stellt im Ganzen nicht in Abrede, daß dem Kläger das behauptete Recht zustehe, und daß er es auszuüben befugt sey, behauptet aber, daß es ihm nicht in der ganzen Ausdehnung zustehe, wie er es prätendirt, sondern daß er bey dessen Ausübung gewisse Einschränkungen zu beobach-

ten

ten habe; dies geschieht z. B. durch die exception. plus petitionis, plurium litis consortium etc. Alsdann liegt dem excipienti der Beweis seiner Behauptung ob, und der Grund hiervon ist, daß jede einmal zugestandene Befugniß nun auch mit allen dadurch begründeten Folgen competirt, und keiner Einschränkung unterworfen ist, die nicht in der eigenthümlichen Natur desselben ihren Grund hat. Behauptet also jemand, daß dieselbe ungeachtet sie im Ganzen zugegeben wird, dennoch nicht in der vollen Würksamkeit ausgeübt werden könne, daß vielmehr gewisse eigne Umstände eintreten, wodurch die Ausübung derselben besonders modificirt wird, daß sie z. B. noch nicht, oder nicht gegen die Person des Beklagten allein, oder nicht in Ansehung ihres ganzen Gegenstandes exercirt werden könne, so muß er das Vorhandenseyn solcher Umstände, wenn sie bezweifelt werden, erweisen, da dem Kläger immer die Vermuthung für die unbeschränkte Ausübung einer anerkannt ihm competirenden Befugniß zur Seite steht.

§. 6.

Von Präsumtionen.

Endlich noch eine Bemerkung über die gewöhnliche Meinung, daß Präsumtionen vom Beweis befreien. Im Grund ist es freilich ein Wortstreit, wenn ich diesen Satz, so ausgedrückt, nicht zugeben will, und doch das Resultat davon einräume; allein ein Wortstreit, dessen Auseinandersetzung mir wenigstens zur Rechtfertigung meiner obigen Behauptung, daß die von mir angegebene Regel ohne weitere Ausnahme allenthalben anwendbar sey, dienlich seyn kann. — Der Fall ist dieser: es ist bereits

reits ausgemacht, daß die eine Partei den Beweis der Zu- oder Nichtzuständigkeit, mithin des Erwerbs oder Verlusts eines gewissen Rechts zu führen verbunden ist. Für ihre Behauptung aber streitet eine Präsumtion und es wird dieselbe daher solange als wahr angenommen, bis der andre das Gegentheil darthut. Hier fragt es sich also: kann man da eigentlich sagen, daß die Präsumtion vom Beweis befreie und denselben auf die andre Partey, welche nach allgemeinen Regeln und ohne die in substrato besonders eintretende Präsumtion dazu nicht verbunden wäre, devolvire? — ich glaube, nicht. Um aber diese Meinung mit Gründen zu unterstützen, scheint es mir nöthig, vorerst einen etwas detaillirten Begriff einer (versteht sich rechtlichen, denn nur von solchen kann hier die Rede seyn) Präsumtion anzugeben. Nach genauer Zergliederung ihrer Eigenschaften kann ich darunter nichts anders verstehen, als diejenige gesetzliche Verordnung, vermöge deren aus der unbezweifelten Wahrheit eines gewissen Facti auf das Vorhandenseyn eines andern mit jenem connexen und gewöhnlich damit verbundenen Facti geschlossen wird; ich sage: aus der unbezweifelten Wahrheit des einen Facti, mithin ist diese doch immerhin, und selbst bey der violentesten Präsumtion vorher auszumachen und zu erweisen d.); und es ist also schon hieraus

---

d.) z. B. Für den in der Ehe Gebornen streitet die dringendste Vermuthung, daß er auch ehelich geboren sey. Hier muß doch das ohne Zweifel erst völlig ausgemacht seyn, daß die Geburt während der Ehe wirklich geschehen sey, und es muß dies im zweifelhaften Fall genau bewiesen werden. — Man vergl. auch Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes. §. 358.

völlig klar, daß eine Präsumtion nicht durchaus von allem Beweis befreie. Es verhält sich vielmehr so damit: Jedes zu beweisende Hauptfactum, thema probandum, läßt sich in mehrere einzelne facta zergliedern, die unter einander in einem gewissen Zusammenhange stehen und in ihrer Vereinigung ein Hauptfactum constituiren. Jener aller Vorhandenseyn muß daher nothwendig dargethan werden, ehe dieses als erwiesen gelten kann; bisweilen sind jedoch jene einzelnen einfachen Facta so connex, stehen in einer so engen Verbindung miteinander, daß sie nicht leicht getrennt angetroffen werden, und man also, wo das eine sich findet, mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit auch das andre erwarten darf. In solchen Fällen haben denn die Gesetze verordnet, daß wenn Jemand das eine derselben rechtlich dargethan hat, es so angesehen werden soll, als hätte er auch das Daseyn des andern erwiesen, sie selbst suppliren seinen an sich nur partiellen Beweis, als wäre er wirklich in seinem ganzen Umfange geführt, und vollständigst erbracht worden. So zeigt sich also offenbar, daß Präsumtionen den, welcher nach meiner obigen Regel den Beweis zu führen verbunden ist, nicht davon befreien, sondern ihn nur dabey unterstützen, daß er also demungeachtet der ist, welcher beweißt, und man nicht sagen kann, das onus probandi werde auf den andern devolvirt. — Sieht man auf die Folgen, so wird dies noch gar evident; denn nach einer solchen Beweisführung mit Hülfe der Präsumtion steht nur noch dem Producten der Gegenbeweis offen, und mit diesem ist das Verfahren in der Hauptsache geschlossen, da doch, wenn die gegentheilige Meinung wahr und also dieser Gegenbeweis als erster und Hauptbeweis anzusehen wäre, erst

noch, nachdem dieser erbracht worden, der Gegenbeweis dessen, der anfänglich, durch die Präsumtion, des Hauptbeweises überhoben wurde, zu erwarten seyn würde. Mein Satz also, daß die von mir gegebene Regel keiner Ausnahme bedürfe, steht hierdurch wenigstens in soweit fest, als man beinahe durchgängig eintretende Präsumtionen als den natürlichsten Grund zur Abweichung von den sonst gewöhnlichen Regeln anzugeben pflegt. — — Andre Ausnahmsfälle, die bey besonderen Klagen oder Exceptionen statt haben sollen, werde ich im Verfolg einzeln beurtheilen, da ich doch jetzt zur Anwendung der obigen Regel auf besondere Fälle, wobey sich einige Schwierigkeit zeigt, übergehe.

Zwei-

Zweyter Abschnitt.

Anwendung der obigen Grundsätze auf besonders schwierige Fälle.

§. 7.

I.) Von der Exceptio non numeratae pecuniae.

A.) Vorerinnerungen über deren Begriff und bekannteste Eigenheiten.

In seiner allgemeinsten Bedeutung bezeichnet der Ausdruck: *Exceptio non num. pec.* denjenigen processualischen Vortrag, worin jemand behauptet, eine gewisse Prästation nicht erhalten zu haben, deren Empfang er schriftlich bescheinigt hat. Sehen wir aber mehr auf den Sinn, worin die Gesetze jenen Ausdruck gebrauchen, so erhält derselbe dadurch eine neue Bestimmung, die in dem angegebenen Begriff keinesweges liegt, sondern als eine ganz besondre Eigenheit zu betrachten ist. In sehr vielen Fällen nehmlich, und gerade in denen vorzüglich, wo man sich jenes Vortrags bedienen kann, stellt das Römische Recht das von allgemeinen Regeln der Beweisführung durchaus abweichende Princip auf, daß eine schriftliche Bescheinigung von geleisteter Zahlung binnen einer gewissen Zeit durchaus ungültig seyn, dagegen aber nach Ablauf dieser Zeit eine ganz unumstößliche Beweiskraft erlangen soll. Daher kommt es, daß wo die Ge-

setze

setze von einer exceptio N. N. P. reden, sie stets auch jene Eigenheit hinzudenken, nach welcher der Zahlungsschein, gegen dessen Inhalt sie gerichtet ist, keine Würkung haben solle. Gestatten sie daher in einem gewissen Fall, daß man die exceptionem N. N. P. gebrauchen könne, so erklären sie ebendadurch auch den in des Gegners Händen befindlichen Zahlungsschein für beweislos, und es ist folglich immer, wenn im corpore iuris jener Ausdruck vorkommt darunter diejenige exceptio N. N. P. zu verstehn, welche man gewöhnlich mit dem Zusatz privilegiata belegt, ohne dessen bey der eigenthümlichen Bedeutung, welche, wie gesagt, die Gesetze auch ohne diesen Zusatz stets damit verbinden, eigentlich zu bedürfen, wie dies Meurer in den juristischen Abhandlungen. Leipz. 1780. Num. II. im 45ten und in der 2ten Note zum 34ten §. sehr richtig bemerkt hat. e.)

Diese exceptio N. N. P. nun, deren bloser Nahmen schon hinreicht, an jene besondre Qualität derselben zu erinnern, kann sowohl in Gestalt einer Klage, als einer Replik, oder auch ihrer gewöhnlichen Benennung nach als Einrede vorkommen. Immer und unter einer jeden dieser Formen hat sie das eigne, daß wenn sie vorgeschützt wird, dagegen selbst der in des andern Händen befindliche Zahlungsschein nichts würkt; inzwischen kommt sie eigentlich doch

---

e.) Vorläufig bemerke ich jedoch, daß einer der von ihm dafür angeführten Gründe: weil nehmlich ausserdem eine exceptio non impleti contractus ebenwohl hinreichte, nicht ganz Stich hält. — Den Beweis hiervon findet man am Ende des 14ten Paragraphen.

doch nur in den beiden letzten Gestalten vorzüglich in Betracht. Als Klage ist sie nur ein subsidiäres Rechtsmittel, das erst durch die für jene Fälle festgesetzten Grundsätze seine Bestimmung erhält.

§. 8.

B.) Vom Gebrauch derselben.

a.) im Allgemeinen.

Nehmen wir auf die Fälle Rücksicht, in welchen die Gesetze die exceptio N. N. P. verstatten, so lassen sich diese überhaupt unter zwey Classen bringen: Einmal nehmlich, und dies ist ihr eingeschränkterer Gebrauch, findet dieselbe gegen alle solche Zahlungsscheine statt, welche als Quittungen betrachtet werden können, doch sind da ihrer Dauer sehr enge Grenzen gesetzt, indem sie schon nach 30 Tagen ihre Würkung verliert. Sodann aber kann sie auch bey andern Chyrographis und namentlich bey ausgestellten Schuldscheinen opponirt werden, wo denn bey der längeren Dauer, die sie in diesem Falle hat, ihre Wirkung auch ausgebreiteter ist und überhaupt merkwürdigere Resultate auch besonders für den Hauptzweck dieser ganzen Abhandlung liefert. Jenen Fall werde ich daher nur kürzlich nachher berühren, bey diesem aber mich etwas länger verweilen.

§. 9.

§. 9.

b.) Insbesondere:

1.) von der exceptio N. N. P. als Einrede betrachtet.

α.) Einleitung.

Nenne ich hier den oben näher beschriebenen processualischen Vortrag eine Einrede, so muß ich dabey gleich die Bemerkung hinzufügen, daß ich darin mehr dem bisherigen Sprachgebrauch, als meiner Ueberzeugung folge; jedoch dieses Nachgeben gegen den Sprachgebrauch allenfalls damit rechtfertigen zu können glaube, daß man doch oft eine jede Antwort auf eine angestellte Klage, im Gegensatz anderer Vernehmlassungen: Einrede im weiteren Sinne zu nennen pflegt. Dies vorausgesetzt bemerke ich, daß die meisten bisherigen Juristen die Anwendung jener Einrede nur bey zwey Geschäfften ausschließlich zugelassen haben, dem mutuo und der dotis datio. Auch bestimmen wirklich nur für diese beiden Geschäffte die Gesetze einen gewissen Zeitraum, während dessen gegen sie die exceptio N. N. P. Platz greifen soll; und doch ist diese Zeitbestimmung etwas Wesentliches, da sie so genau mit der Gültigkeit jener Einrede überhaupt verknüpft ist, und diese gewissermaßen von jener abhängt. Wo sich also dieselbe nicht findet, ist es immer kein unwahrscheinlicher Schluß, da auch die eigenthümliche Beschaffenheit der exceptio N. N. P. hinwegzudenken. So haben folglich jene Schriftsteller immer noch mehr für sich, als verschiedene der Neueren, welche die befragte Einrede gegen jede Bescheinigung einer erhaltenen Leistung zulässig glauben,

welches besonders auch Meurer a. a. O. §. 16 fgg. weitläuftig ausgeführt hat f.) Kann ein solcher Prästationsschein als Quittung gelten, dann versteht es sich von selbst, daß dagegen freilich die exceptio N. N. P. obmovirt werden könne, jedoch nur in der Maaße, wie sie überhaupt gegen eine solche statt findet. Davon aber ist hier eigentlich die Rede gar nicht. In andern Fällen darf man hingegen nur den eigentlichen Zusammenhang der ganzen Sache näher prüfen, so wird sich schon daher das unrichtige jener Behauptung von selbst ergeben. Ich habe vorhin gesagt, daß wo die Gesetze der exceptio N. N. P. erwähnen und solche gestatten, hierin zugleich auch die Bestimmung liegt, daß der ihr entgegenstehende Schuldschein gegen sie nichts beweise, sondern dessen Inhaber verbunden sey, auf andre Art dieselbe zu entkräften. Auf diesen Satz kommt alles an: Entziehen die Gesetze dem sonst gültigen Eingeständniß des Empfängers in diesem besonderen Falle seine Beweiskraft, so ist dies immer eine etwas singuläre Verordnung, inzwischen ist sie einmal ganz bestimmt festgesetzt und beruht auf ganz vernünftigen Gründen, die sogar das Gesetz selbst angiebt. Eine weit auffallendere Sonderbarkeit scheint mir dagegen der Umstand, daß alle Gesetze, die hiervon reden, und ihnen nach alle juristischen Schriftsteller in dieser Materie ganz ohne Bedenken und als etwas ganz Natürliches voraussetzen, daß einmal dem Inhaber des Chyrographi der Beweis obliege. Er ist ja doch in dem

hier

---

f.) Die einzige Ausnahme, die er dabey, und zwar ohne hinreichende Motiven verstattet, ist meiner Meinung nach keine solche, wie ich unten beweisen werde: § 14.

hier unterstellten Fall Kläger, ihm wird von der andern Seite eine Einrede opponirt, die also nach den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung der Beklagte beweisen müste. Woher kommt diese Abweichung, da der Gesetzgeber davon keinen Grud angiebt, und es sogar nicht einmal der Mühe werth findet, etwas Bestimmtes deshalb zu verordnen, sondern nur indirect auf seinen desfalsigen Willen daher schließen läßt, daß er über die Mittel verfügt, welche man bey dieser als unbezweifelt schuldig betrachteten Beweisführung gebrauchen oder nicht gebrauchen soll? Darüber aber gehen sie alle hinaus, und dennoch ist es gerade dies, was mich hier am meisten interessirt und zunächst beschäfftigen wird. — Läßt sich diese Eigenheit bey den beiden in den Gesetzen ausdrücklich genannten Geschäfften auf natürliche Gründe zurückführen, so ist es klar, daß dann auch die besondre Eigenschaft derselben, welche eine solche Erklärung möglich macht, stets da als wesentlich und durchaus nothwendig vorausgesetzt werde, wo überhaupt von der Anwendung jener Exception die Rede seyn soll; daß sich mithin wenn man dieselbe nicht auf das mutuum und die dotis dario einschränken will, lediglich aus diesem Gesichtspuncte beurtheilen lasse, welche Geschäffte überhaupt dazu geeignet sind, um dabey die exceptio N. N. P. mit jener bedeutenden Wirkung zuzulassen.

§. 10.

B.) Genauere Auseinandersetzung deren eigentlicher Beschaffenheit.

aa.) In Ansehung der Beweisführung.

αα.) Erklärung der hierbey eintretenden Singularitäten:

a.) in Betreff des oneris probandi.

Die erste und für den Hauptzweck dieser ganzen Abhandlung (§. 1.) eigentlich einzige Abweichung dieser Einrede vom regulären Gange des Beweisverfahrens ist nach dem obigen der Grundsatz des Römischen Rechts, daß wenn jemand aus den beiden hierbei namentlich von den Gesetzen genannten Geschäfften, dem mutuo und der dotis datione auf Zurückgabe dessen klagt, was deren Gegenstand ausmacht, und es stellt ihm der Beklagte exceptionem N. N. P. entgegen, nun dieser seine Einrede zu beweisen, nicht gehalten ist, sondern der Kläger vielmehr die wirklich geschehene Zahlung gegen ihn rechtlich darthun müsse, — diese Disposition ist klar, und es fragt sich daher nur: was es damit für eine Bewandtniß habe? — Und da ist meine Meinung kürzlich die: Wäre die exceptio N. N. P. wirklich das, wofür sie die gemeine Meinung durchgehends ausgiebt — eine wahre Einrede, so würde die hierbey verordnete Beweisbefreiung offenbar die ausgezeichneteste Abweichung von der Regel, daß Einreden von dem Beklagten bewiesen werden müssen, constituiren; — allein ich behaupte: Sie ist gar keine Einrede; und mit dem Beweise dieser Behauptung hebt

sich

sich die ganze Sonderbarkeit. Zwar nennen die Gesetze selbst jenen Vortrag eine Einrede, aber dennoch ist sie es nicht, sondern in der That nichts anders, als *negative litis* Contestation. Beide Geschäffte nehmlich, wobey ursprünglich diese sogenannte except. N. N. P. Platz findet, sind so geeignet, daß sie nur durch die wirkliche Hingabe des verabredeten Gegenstandes perfect, nur durch diese Hingabe allererst das beabsichtigte rechtliche Verhältniß zwischen den handelnden Personen gestiftet wird. Actuelle Prästation jenes Gegenstandes ist folglich einzig das Factum, welches ein Klagrecht begründet, und so spricht also, wer jene leugnet, eo ipso dem Kläger die Zuständigkeit des von ihm behaupteten Rechts in Wahrheit gänzlich ab; er leugnet, daß ihm jemals ein solches Recht erworben sey und stellt mithin in dieser Behauptung nichts anders, als eine negative litis Contestation auf. (§. 2. 3.) Nach einer solchen Ansicht der Sache ist es nun keineswegs mehr ein besonderes Vorrecht dessen, der durch die Behauptung des nicht gezahlten Geldes sich von der gegen ihn erhobenen Klage losmachen will, wenn er vom Beweis dieser Behauptung frey ist; es ist dies vielmehr lediglich eine völlig consequente Anwendung der oben gegebenen Regel, daß wer den jemaligen Erwerb eines Rechts in Abrede stellt, erst dessen Beweis vom andern erwarten dürfe, oder, wie man auch sagen kann, daß lite negative contestata dem Kläger der Beweis obliege.

§. 11.

§. 11.

b.) in Ansehung der Beweismittel.

So zeigt sich also bey dem Inhalte des vorigen §. nach der gegebenen Erklärung, die nicht nur an dem Buchstaben der gebrauchten Benennung hängt, sondern mehr in das innere Verhältniß der Sache eingeht, durchaus keine Spur einer singulären gesetzlichen Disposition. Demnach bleibt also nur noch die Sonderbarkeit zu erläutern übrig, daß der Kläger selbst dann beweisen muß, wenn er einen Schuldschein des Beklagten in Händen hat. Dies ist allerdings etwas singuläres, und bleibt es, man mag jene Einrede ansehen, von welcher Seite man will; inzwischen betrifft diese Singularität nicht sowohl die Frage: wer? sondern: wodurch? jemand beweisen müsse, nicht das onus probandi, sondern die Beweismittel, denn ist es auch einmal ausgemacht, daß der Kläger in einem gegebenen Falle den Beweis zu führen habe, so steht es ihm doch in der Regel frey, sich dabey eines jeden von den Gesetzen nicht mißbilligten Beweismittels zu bedienen, und er ist dabey keinesweges an das eine oder andere derselben auf irgend eine Art gebunden; insbesondre wird es ihm unverwehrt bleiben müssen, auch Urkunden, die contra scribentem sonst ohne Zweifel vollen Beweis bewürken, dabey zu adhibiren; ja es würde eine solche Beweisführung als die sicherste und mit den wenigsten Schwierigkeiten verknüpft, jeder andern bey weitem vorzuziehen seyn. In Ansehung dieses Beweismittels aber verordnen nun gerade die Gesetze in dem vorliegenden Falle die besondre Einschränkung, daß wenn gleich der Beklagte

klagte in einem eigenhändig ausgestellten Schuldschein den Empfang des nunmehr eingeklagten Objects selbst anerkannt habe, dieser Schein ihm binnen einer gewissen Zeit schlechterdings nicht präjudiciren, vor Ablauf dieser Zeit von dem Kläger bey seiner Beweisführung ganz und gar nicht gebraucht werden solle. Dies ist daher offenbar eine sehr großer Vorzug jener sogenannten Einrede, wozu man in dem ganzen Umfange der Beweistheorie ein gleiches Beispiel vergeblich suchen wird. Veranlassung gab dazu ohne Zweifel die Besorgniß, daß bey drückender Noth vielleicht ein geldbedürftiger Schuldner sub spe futurae solutionis einen Empfangsschein ausgestellt haben könnte, ehe er das Geld wirklich erhalten hätte. Diesem zu helfen, ward ein solches schriftliches Bekenntniß vor der Hand völlig beweislos gemacht, und so entstand hieraus jene in ihrer Art einzige Beschränkung im Gebrauche eines sonst so zweckmäsigen Beweismittels. — Man vergleiche hierüber Meurer a. a. O. §. 76 - 78 u. folg., desgleichen den von ihm allegirten *Cocceji* in iure civ. controv. Lib. XII. Tit. I. qu. 22.

§. 12.

ββ.) Rechtfertigung des gesetzlichen Sprachgebrauchs.

Bey dieser Gelegenheit würde ich eine Unvollständigkeit zu begehen glauben, wenn ich nicht auch der Frage noch eine nähere Untersuchung wiedmete: was doch wohl die Verfasser der Römischen Gesetze über den vorliegenden Gegenstand bewogen habe, die Behauptung

des

des Beklagten, daß ihm das zurückverlangte Object noch gar nicht geleistet sey, für eine Einrede auszugeben, und sie durchgehends mit diesem Namen zu bezeichnen, wodurch allein jene irrige Meinung entstanden ist; — und hier zeigt sich recht auffallend der grose Nutzen, den eine richtige Kenntniß der Natur und Wirkungen der confessio qualificata bey Auffindung des oneris probandi und bey der Bestimmung, ob eine Behauptung des Beklagten: Einrede oder negative litis Contestation sey, gewähren könne; denn eben das, daß wohl gewöhnlich die exceptio N. N. P. in der Form eines qualificirten Eingeständnisses vorgebracht wird, mag jene unrichtige Benennung veranlaßt haben. Will sich nehmlich jemand gegen eine wider ihn erhobene contradictionem ex mutuo durch jenen Einwand schützen, so wird sein Vortrag sicher in den meisten Fällen darauf hinauslaufen: er habe zwar mit dem Kläger einen Darlehnscontract eingegangen, ihm sey aber der daraus schuldige Gegenstand nicht wirklich geleistet worden. Offenbar liegt hier in den Worten ein wenigstens scheinbares Eingeständniß mit einem limitirenden Anhang verbunden. Leicht möglich, daß dieser Schein für Wahrheit genommen wurde: Eingehung des Darlehnscontracts macht ja das eigentliche Factum actionis aus; ist daher diese eingestanden, ist hierdurch lis affirmative contestirt, so ist nunmehr das Klagfactum unbezweifelt, der Kläger mithin weiteren Beweises überhoben und braucht die fernere Behauptung des Beklagten ohne Beweis nicht gelten zu lassen. So den äusseren Anschein nach. Prüft man aber den vom Beklagten seinem Eingeständniß beigefügten Anhang genauer, so findet sich, daß er dadurch

in

in der That seinem Bekenntniß alle Gültigkeit benimmt, indem er darin einen Umstand in Abrede stellt, der mit dem von ihm eingestandenen Geschäfft so wesentlich verbunden ist, daß ohne ihn dieses Geschäfft schlechterdings nicht existiren konnte. Leugnet er also jenen, so leugnet er ebendadurch auch dieses, als dessen Möglichkeit lediglich von der Existenz jenes Umstandes abhängig ist. Im Grunde ist, was er zugiebt, nichts anders, als ein pactum de mutuo dando, indem, wenn aus diesem ein wirkliches mutuum werden soll, ganz nothwendig erfordert wird, daß die actuelle Hingabe des in jenem pacto verabredeten Gegenstandes wirklich geschehen sey: diese wird hier geleugnet, es blieb also ihr Geschäfft ohne Zweifel in den Grenzen eines pacti de mutuo dando stehen, kann mithin auch nur die von einem solchen abhängigen Würkungen produciren, keinesweges aber eine eigentliche Darlehnsklage begründen; und ist es mithin klar, daß bey Abstellung dieser Klage eine Behauptung des Beklagten, welche sich auf das Vorhandenseyn eines blosen pacti de mutuo dando beschränkt, wirklich als negative litis Contestation gelten müsse, da sie immer den Umstand leugnet, wovon der jemalige Erwerb des vom Kläger prätendirten Rechts und folglich auch die Begründung seiner Klugheit lediglich abhängt.

§. 19.

§. 13.

bb.) Von den Rechtsgeschäfften, wobey die exceptio N. N. P. statt findet.

αα.) Ausführung der richtigeren Meinung.

Die beiden Geschäffte, wobey die Gesetze namentlich die except. N. N. P. verstatten: das mutuum und die dotis datio, sind, wie aus dem Inhalt der vorigen §§ erhellt, beide so geeignet, daß allerst durch die wirkliche Prästation des befragten Gegenstandes diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten gestiftet werden, deren Erfüllung den Zweck der daraus entstehenden Klagen ausmacht. In Ansehung des ersteren habe ich dies im 10ten und 12ten §. näher ausgeführt, nicht minder unbezweifelt aber ist dies auch bey dem letzteren. Klagt jemand auf die Zurückgabe einer constituirten dotis, so kann er den Grund seiner Befugniß in nichts anders, als die gehörige Hingabe derselben setzen g.) Blos allein der Umstand, daß eine dos nicht nur constituirt, sondern auch wirklich dem Schwiegersohn übergeben worden sey, berechtigt unter den sonst nöthigen Voraussetzungen zu deren Zurückforderung, und es ist mithin klar, daß wenn von jenem sogar der jemalige Empfang geleugnet wird, in diesem Falle, welcher durch Vorschützung der exceptio N. N. P. wirklich eintrit, ganz ebenso, wie bey dem Darlehn, die actuelle Prästation von dem Kläger vorher bewiesen werden müsse. —

Da-

---

g.) "Dotem enim numeratio, non scriptura instrumenti „facit": l. 1. C. de dote cauta non num. — So wird also dies Geschäfft von den Gesetzen selbst in die Classe der Realcontracte gesetzt.

Daher erklärt sich also bey diesen beiden Geschäfften jene Abweichung in der Beweisführung, nach welcher nehmlich der Beklagte vom Beweise einer als Einrede dargestellten Behauptung dennoch freygesprochen ist. — Aus diesem Grunde kann bey ihnen die gesetzliche Bestimmung Platz finden, daß bey einem solchen Beweis ein ausgestellter Schuldschein ohne Wirkung seyn solle. — Glaubt man nun diese singuläre Bestimmung nicht nothwendig auf jene beiden genannten Geschäffte einschränken, sondern wegen einiger in allgemeineren Ausdrücken sprechender Gesetze auch auf andre eine analoge Anwendung derselben zulassen zu müssen, so ist es leicht begreiflich, daß man wenigstens auf allen Fall hierzu nur solche Rechtsgeschäffte gebrauchen könne, bey welchen ebenfalls auch die Voraussetzung eintrit, daß der Kläger ohnehin die geschehene Zahlung zu erweisen verbunden sey, denn nur bey solchen kann jene Verordnung, die ihm, dem Kläger, den Gebrauch eines bestimmten Beweismittels versagt, einigen Sinn haben; indem doch offenbar vernünftigerweise nur demjenigen zu der Art seines Beweises einige Anleitung ertheilt werden kann, der überhaupt denselben zu führen verbunden ist. Hieraus ergiebt sich demnach, als Beantwortung der hier zu lösenden Aufgabe folgendes Resultat: Hat man in einem gegebenen Falle ein Geschäfft vor sich, wobey die Zahlung des befragten Gegenstandes schlechterdings wesentlich ist, und dessen Perfection ausmacht, so daß ohne sie das ganze Geschäfft als solches nicht existirt, wobey also eine Bescheinigung dieser Zahlung ein Bekenntniß der Eingehung jenes Geschäffts enthält, und im Gegentheil die Ableugnung der Zahlung schlechterdings auch das Fundament

angreift, worauf in facto allein alles Klagrecht beruht, so ist bey einem solchen Geschäfft wenigstens die rechtliche Möglichkeit vorhanden, daß bey ihm eine exc. N. N. P. mit den bekannten gesetzlichen Wirkungen in Anwendung komme. Dahingegen ist für sie, ohne noch einmal auf die wirkliche Zulässigkeit zu sehen, gar nicht einmal casus dabilis vorhanden, wenn bey dem vorliegenden Geschäfft die Zahlung in Ansehung der Eingehung und Existenz des Geschäffts unwesentlich ist, wenn sie nur die Consummation eines schon vorher vollkommen perfecten und rechtsverbindlichen Geschäffts ausmacht, wenn also eine gegebene Empfangsbescheinigung nicht sowohl, daß das Geschäfft wirklich erst zu Stande gekommen, sondern daß aus dem längst perfecten Geschäfft, (ex praecedente causa debiti) auch die Zahlung nunmehr erfolgt sey, versichert wird.

Offenbar begünstigt eine solche Vorstellungsart der ganze Inhalt der l. 5. C. de N. N. P.; welche folgende Regeln aufstellt: „Adversus petitiones adversarii si quid „iuris habes, uti es potes. Ignorare autem non debes, „non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, „ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chyrographum quantitas redigi„tur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.“ Zur näheren Erläuterung dieser Stelle werde ich im folgenden § die schicklichste Gelegenheit finden. Hier muß ich nur kürzlich noch einer Ausnahme erwähnen, welche in der l. 14. C. de N. N. P. zu deutlich enthalten ist, um sie übergehen zu können, zumal daraus noch eine Bestätigung meiner vorhin ausgeführten Meinung hervorgeht. Nach

die-

dieser würden nehmlich alle Realcontracte ganz vorzüglich dazu geeignet seyn, um in Ansehung ihrer der exceptio N. N. P. statt zu geben; unter ihnen will jedoch das allegirte Gesetz einen nicht begriffen haben, auf den ausserdem die hier entscheidenden Merkmale ebenwohl passen würden. Es nimmt nehmlich ausdrücklich den Depositencontract h.) aus, und erklärt mithin ebendadurch, daß bey diesem die Besorgniß am wahrscheinlichsten gewesen wäre, daß ihn jemand mit den übrigen von seiner Gattung derselben Regel unterwerfen möchte.

§. 14.

h.) Meurer §. 21, giebt auch in Gemäsheit der l. 14. §. 1. C. de N. N. P. die Quittung über den Empfang eines in vorhergegangenen Dotal-Instrumenten bestimmten Brautschatzes für eine gleiche Ausnahme aus. Dies ist aber keine Ausnahme, wie schon die allgemeine Bestimmung der Gesetze, welche von der exceptio N. N. P. nur in dem Falle reden, wo die pacta dotalia nicht sowohl das Versprechen eines Brautschatzes, als vielmehr dessen wirkliche Zahlung enthalten, es mit sich bringt (Meurer §. 12. not. *.). Jener Fall, wo nehmlich dotis datio in dem Dotal-Instrument zwar versprochen, aber die Zahlung erst nachher geschehen, und besonders bescheinigt ist, ist offenbar zu der Classe übergegangen, wo die Numeration nicht mehr zum wesentlichen des Geschäffts gehört, sondern nur etwas accidentelles ist und die Consummation desselben ausmacht, ubi quidem ex praecedente causa debiti quantitas in chyrographum redigitur; l. 5. C. de N. N. P.

§. 14.

ββ.) Beurtheilung einer andern schon oben kürzlich berührten Meinung.

Meurer in den vorhin allegirten juristischen Abhandlungen stellt hierüber im 11ten §. folgende Behauptung auf: „das Einmaleins kann nicht so klar seyn, als daß die exceptio N. N. P. da, wo von contrahirter Obligation die Frage ist, gegen alle Chirographa statt findet, worin der Empfang einer gewissen Sache bescheinigt, und dagegen eine andre Verbindlichkeit übernommen worden ist.“ Beim ersten Ueberblick dieses Satzes schien es mir wirklich, als hätte der Vf. die richtige Ansicht gefaßt, und solchergestalt ausdrucken wollen. Vorzüglich bewog mich, dies zu glauben, die Auszeichnung des Wortes: contrahirter, und die hinzugefügten Beispiele von Realcontracten; inzwischen belehrte mich der Verfolg nur zu gewiß, daß er dennoch nicht auf rechtem Wege sey, indem er bald seinen ersten Satz in einer weit gröseren Allgemeinheit und ohne alle Einschränkung wiederholt vorträgt §. 24.), bald bey der Erklärung eines Gesetzes in Verlegenheit geräth, daß von dem richtigen Gesichtspunct aus beurtheilt keine Spur einer Bedenklichkeit übrig läßt (§. 32. 36.), und überdies sogar den vorhinigen Zusatz: ”wo von contrahirter Obligation die Rede ist”, dahin erläutert, daß er damit nur solche Bescheinigungen ausschließen wolle, die den Empfang einer abgetragenen Schuld bezeugen (§. 21.). Unter diesen Umständen glaube ich dem Verf. jenes Aufsatzes keinen fremden Gedanken unterzuschieben, wenn ich seine Meinung mit dessen eigenen aus dem 24ten §. entlehnten Worten so darstelle: die exceptio N. N. P.

kann

kann allen Chirographen, worin der Empfang einer gewissen Sache bescheinigt und dagegen eine gewisse Verbindlichkeit übernommen worden ist, opponirt werden — Wäre auch hier der vorhin angeführte Zusatz beibehalten, und so erklärt worden, daß gerade der Empfang das eigentliche Fundament der contrahirten Obligation seyn müsse, so fände ich gegen jene Bestimmung nichts einzuwenden; dann aber wäre es mir unbegreiflich, wie man auf diesem Wege die so natürliche Auslegung der in 14 §§ so weitläuftig beurtheilten l. 5. C. de N. N. P. verfehlen konnte. Mit Drehen und Zwängen ist zwar endlich ein allenfalls möglicher Sinn derselben zum Vorschein gekommen, nach welchem jedoch Meurer selbst die darin enthaltene Verordnung befremdend, ja unbegreiflich findet (§. 32. 36.). — Man halte sich nur an die Distinction, welche ich oben in Ansehung des Gebrauchs der befragten Exception aufgestellt habe, und jede Schwierigkeit verschwindet. Das Gesetz sagt: „Ignorare non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi *quasi creditae* pecunia petitur" Dies ist klar. Pecunia quasi credita heißt jede Prästation, die in Form eines Darlehns oder überhaupt eines Realcontracts gegeben, und gleichsam credidirt wird, weil schon die Hingabe (aber auch nur diese) die Verbindlichkeit zur Zurückgabe mit sich führt. — Sodann fährt der Kaiser fort: „Cum autem ex praecedente causa debiti in chyrographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit". Auch diese Worte bedürfen nach meiner obigen Vorstellungsart keiner Erklärung; inzwischen finde ich hier gerade den meisten Widerspruch in der oft erwähn-

ten Abhandlung. Der Verfasser davon bezieht das: praecesserit lediglich auf die redactionem in chyrographum, und bildet daher den in dem Gesetz enthaltenen Gegensatz so: die exceptio N. N. P. findet statt gegen jedes Chyrographum über eine gleichzeitig oder unbestimmt geschehenen Zahlung; sie fällt weg, wenn diese in dem Empfangschein als schon früher geschehene ausdrücklich angeführt wird. — Einen Grund dieser Verschiedenheit vermag er nicht anzugeben, und in der That fehlt es daran auch ganz und gar. — Meine Meinung hierüber ist die: der Verfasser kommt der Wahrheit sehr nahe, irrt aber darin, daß er die hier sichtbare Verschiedenheit lediglich der Zeit, wo die Numeration geschehen ist, zuschreibt, statt solche vielmehr von der Art, wie solche geschehen ist, abzuleiten. Nicht weil der Schuldschein später ausgestellt wurde, als die Zahlung erfolgt war, sondern weil der geleisteten Zahlung ein Geschäfft schon vorhergieng, welches dem ganzen hier in Frage stehenden Obligations-Nexus zur Begründung dient, und weil mithin jene Zahlung gerade mit dem Erwerb des gegenwärtig zu verfolgenden Rechts in keiner wesentlichen Beziehung steht, — nur darum kann hier von dem Beweis der Numeration vorerst nicht die Rede seyn, sondern es kommt vorzüglich darauf an, zu wissen, ob jenes vorhergehende Geschäfft, jene praecedens causa debendi, rechtlich begründet sey. Chyrographum ex praecedente causa debiti bedeutet demnach eine solche Verschreibung, wodurch die Leistung einer Schuld bescheinigt wird, die schon vor der actuellen Zahlung rechts verbidlich existirte. Bezieht sich nun jemand bey seiner angestellten Klage auf einen solchen Zahlungsschein und der Beklagte leugnet dessen Inhalt, so ist es klar,

klar, daß wenn nur die praecedens causa debendi eingestanden oder erwiesen ist, alsdann das Leugnen der bescheinigten Zahlung keinesweges mehr als negative litis Contestation betrachtet werden könne, sondern eine wahre Einrede, nehmlich, wo diese statthaft, eine exceptio non impleti contractus sey. Auf eine solche geht das von den Gesetzen mit der Benennung einer exceptio N. N. P. verbundene Privilegium nicht, hiergegen gilt vielmehr der producirte Empfangschein mit voller Beweiskraft; hoc enim casu promissor suis confessionibus acquiescere debet: l. 13. C. de N. N. P. Zur Erläuterung folgendes Beispiel: A schließt mit dem B einen Societäts- oder Mandatscontract dahin, daß mit einer von jenem zu bezahlenden Summe gewisse Zwecke erreicht werden sollen. Sie verfassen diese Abrede in ein schriftliches Instrument, worin zugleich die wirklich geschehene Prästation bescheinigt wird. B erfüllt nun aber seine Verbindlichkeit nicht und A klagt hierauf gegen ihn mit Beziehung auf jenes Chyrographum. Excipiendo leugnet B die schriftlich eingestandene Zahlung und will aus diesem Grund von der gegen ihn erhobenen Klage losgesprochen seyn. — Hier könnte man glauben, seine Behauptung gelte als exceptio N. N. P. mit allen den von den Gesetzen dieser beigelegten Vorzügen, es sey folglich das gegen ihn sprechende Instrument beweislos und der Kläger vielmehr, die wirkliche Zahlung auf andre Art darzuthun, gehalten, das wollen die Gesetze aber nicht. Ob die Zahlung wirklich erfolgt sey oder nicht, hat auf die Entstehung der jetzt eingeklagten Verbindlichkeit keinen Einfluß, mehr kommt es darauf an, ob der Mandats- oder SocietätsContract gültig geschlossen sey (an iusta causa debiti praecesserit?). Dies

letztere allein ist das wahre factum actionis, und stellt nur dies der Beklagte nicht in Abrede, oder es kann vom Kläger erwiesen werden; so ist die von jenem geschehene Ableugnung der Numeration nichts weiter, als eine der Erfüllung einer unbezweifelt vorhandnen Verbindlichkeit opponirte Einrede, die gar leicht durch das producirte schriftliche Eingeständniß entkräftet wird, oder wenigstens (da das sonstige Privilegium der exceptio N. N. P. hier wegfällt) allererst durch einen bündigeren Gegenbeweis gerechtfertigt werden muß i).

Diese Darstellung ist wohl nunmehr klar genug, um keines weiteren Zusatzes zu bedürfen, inzwischen will ich nun noch einige bey dieser Gelegenheit von dem Verfasser

jenes

---

i.) Ein ähnliches Beispiel enthält die l. 11. C. de N. N. P. in den Worten: "Si transactionis causa dare Palladio pecu-"niam stipulanti spopondisti: exceptione *N. N.* P. defendi "non potest." Dies Gesetz verstehe ich nehmlich so: Wenn dem Palladius aus einem Vergleich (einer causa debiti praecedente) Geld versprochen, und über dessen Empfang ein Chyrographum ausgestellt worden, so hat hiergegen exceptio *N. N.* P. nicht statt. — Vielleicht könnte man, weil der wirklichen Zahlung aus dem Vergleich nicht erwähnt wird, das Gesetz auch so erklären: der *promittens* könne gegen den Vergleich sich der except. *N. N.* P. nicht bedienen, weil bekanntlich es dabey nicht auf die vorherige, sondern auf die in dem Vergleich gestiftete Verbindlichkeit ankommt. Dieser Satz ist wahr, daß aber der Gesetzgeber dennoch dies nicht habe sagen wollen, beweißt offenbar das Wörtchen: potest, welches nur auf den Palladium stipulantem bezogen werden kann, weil es sonst: potes oder poteris hätte heissen müssen.

jenes Aufsatzes beigebrachte Bemerkungen einzeln beurtheilen. Vorerst einige Gesetze, welche er zur Begründung seiner Meinung anführt. So sagt er im 18ten §., die allgemeine Verordnung Justinians in l. 14. pr. C. de N. N. P., daß die exceptio N. N. P. statt habe: in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, leide keine Einschränkung auf Darlehn und Brautgaben. — Allein nicht zu gedenken, daß er hier gewissermassen obreptitie zu Werke geht, indem er durch Auslassung der Hauptentscheidung die gesetzliche Verfügung so darstellt, als wenn dadurch principaliter die Geschäffte bestimmt werden sollten, wogegen exceptio N. N. P. statt finden könne, da doch diese nur nebenher angeführt, und zum eigentlichen Gegenstand der Entscheidung vielmehr die Zeitangabe, während welcher jene Exception vorgeschützt werden dürfe, gemacht wird; — so kann ich auch jene Behauptung recht wohl zugeben, ohne von meiner vorigen Meinung abzugehen. Daß nicht blos Darlehen und insbesondre Gelddarlehen, sondern auch andre Geschäffte hier verstanden werden, mag man immerhin aus dem Zusatz: vel aliae res, und vel datae, folgern; immer werden es doch nur solche seyn können, die ich oben als allein dazu fähig erklärt habe; solche, die durch die Dation und Numeration erst ihre Perfection erhalten, wobey mithin erst durch die Dation und Numeration selbst die Verbindlichkeit zur Zurückgabe begründet wird. Solche haben die Gesetze immer vor Augen; wie denn auch die l. 9. C. eod., indem sie die Zulässigkeit der exceptio N. N. P. rechtfertigen will, ebenwohl bestimmt darauf hinweißt; sie führt nehmlich den Grund an: quia ultra hoc, quod accepit, *re obligari* neminem posse

constat, und bestätigt ebendadurch die von mir behauptete Einschränkung jener Exception auf Obligationes re f. datione contractas. — Sodann bezieht er sich im 20ten §. auf l. fin. Cod. eod., wo Justinian sich des Ausdrucks bedient: vel foeneratitiis vel aliis cautionibus; allein einmal ist auch in diesem Gesetz die Bestimmung der der exceptio N. N. P. unterworfenen Geschäffte keinesweges Hauptzweck, vielmehr die Frage, ob dieselbe auch gegen eidliche Versicherungen statt finde; anderntheils aber zeigen die letzten Worte des Gesetzes: vel aliis instrumentis, *quae talem exceptionem recipiunt*, offenbar, daß dessen ganzer Inhalt nur relativ auf vorherige Bestimmungen verstanden werden könne. — Ferner glaubt er nach dem 21ten §, auch in der allegirten l. 14. §. 2. Cod. de N. N. P. noch eine Bestätigung seiner Meinung zu finden, woraus ich gerade, in zwiefacher Rücksicht, ein Argument für die meinige hernehme. Meurer sagt mit Beziehung auf die in der allegirten Stelle befindlichen Worte: alterius cuiuscunque contractus gratia: " Können alle schriftlichen Eingeständnisse über eine abgetragene Schuld durch die except. N. N. P. angefochten werden, wie vielmehr müssen also auch alle schriftlichen Eingeständnisse über eine contrahirte Schuld der exceptio N. N. P. unterworfen seyn? " — der Schluß scheint richtig; er ist es auch in abstracto. In concreto aber, wo Justinian ausdrücklich einen Gegensatz vor Augen hat, wo er sagt: Um den Mißbrauch der zweijährigen except. N. N. P. zu begegnen, wolle er die Fälle angeben, wo solche *nicht*, sondern *nur* eine 30tägige statt finden sollte, kann unmöglich wieder von der Zulässigkeit dieser auf die Statthaftigkeit von jener geschlossen werden. Ueberdas aber — denn bisher

habe

habe ich einmal angenommen, daß die Worte: alterius contractus, wirklich von einem ganz andern Contract, als ich hierunter stets verstehe, gedeutet werden könnten — leugne ich sogar diese Voraussetzung. Dies zu beweisen, könnte ich mehr, als einen Grund anführen, inzwischen kommt nichts darauf an, da nach dem obigen in jedem Falle jene Meinung hierin keine Stütze findet; darum bemerke ich nur, daß doch der hier gebrauchte Ausdruck mit dem in principio legis befindlichen gänzlich der nehmliche sey, und also auch gleiche Bedeutung haben müsse. — Schließlich berühre ich hier noch einen Irrthum, dessen ich schon oben in der dem 7ten § beigefügten Note erwähnte; ich bin nehmlich ganz mit dem Vf. einverstanden, wenn er im 45ten § seiner Abhandlung die Behauptung aufstellt, daß wo nur die Gesetze von der exceptio N. N. P. reden, sie mit diesem Ausdruck auch stets die derselben beigelegten Eigenheiten und besondere Wirkungen mitumfassen, und mit verstanden wissen wollen. Dieser Satz ist vollkommen richtig und mit den Regeln ächter Hermeneutik durchaus übereinstimmend; wenn er aber ferner als einen Grund seiner Behauptung hinzufügt, daß ausserdem die Gesetze sich nicht so ganz ausschließend an jenen Ausdruck gebunden haben würden, „indem fürs ordinaire eine exceptio non impleti contractus hingereicht hätte", so scheint hier wieder die allgemeine falsche Ansicht, welche er von der ganzen Sache hat, sehr deutlich durch: Exceptio non impleti contractus, die das Klagfactum unberührt läßt, und als wahre Einrede nur das Fundamentum actionis angreift, würde hier völlig unpassend gewesen seyn, hier, wo eben aus dem Umstand, daß die

soge-

sogenannte except. N. N. P. keine wirkliche Einrede, sondern negative litis Contestation ist, das ganze Verhältniß der Sache erklärt werden muß. Doch ich kann mich an dieser Stelle einer weiteren Ausführung hiervon enthalten, da die vorigen §§ meine Meinung hierüber hinlänglich rechtfertigen.

§. 15.

2.) Von der Exceptio non numeratae pecuniae in der Form einer Replick.

Bisher habe ich immer von dem Falle geredet, wo gegen einen solchen Zahlungsschein, der über die Eingebung einer Schuld ausgestellt war, die Numeration geleugnet wurde, und bey welchem die Gesetze der exc. N. N. P. eine zweyjährige und bisweilen noch längere Dauer geben. Ausserdem giebt es nun zwar noch mehrere Fälle, worin eine gleiche exceptio N. N. P. verstattet wird, jedoch mit sehr eingeschränktem Gebrauche. Da nehmlich, wo durch einen vorhandenen Zahlungsschein nicht sowohl die Eingebung und Existenz, als vielmehr die Aufhebung der eingeklagten Verbindlichkeit bewiesen werden soll, wo also nicht der Kläger, sondern der Beklagte sich desselben bedienen will, hat jene Exception zwar ganz mit der ihr sonst eignen Wirkung, aber nur binnen 30 Tagen, von der Zeit der Ausstellung an gerechnet, statt. Um die ganze Lage dieses Falls sogleich deutlich einzusehn, will ich ihn mit einem Beispiel erläutern: A zahlt an B aus einer vorhergegangenen Verbindlichkeit eine gewisse Summe und läßt sich darüber einen Empfangsschein geben. Nach einiger Zeit verlangt B demungeachtet diese nehmliche

liche Schuld und klagt gegen A auf deren Entrichtung; dieser bezieht sich excipiendo auf die erhaltene Quittung, *replicando* behauptet hingegen B, diese Quittung ohne den wirklichen Empfang der darin bescheinigten Summe ausgestellt zu haben. — Sind hier seit der Ausstellung noch keine 30 Tage verflossen, so muß der Beklagte des in Händen habenden Chyrographi ungeachtet den Beweis der Zahlung führen, und darin zeigt sich also auch hier das eigene der exceptio (replica) non numeratae pecuniae. — Dies geht jedoch blos auf Quittungen über eine bezahlte Schuld, insofern von der Aufhebung einer Verbindlichkeit die Rede ist, keinesweges aber, wenn daraus das Vorhandenseyn, die Entstehung einer Verbindlichkeit hergeleitet werden soll; und durch diese Bemerkung rechtfertige ich den aus der l. 14. §. 1. C. de N. N. P. genommenen Satz, daß gegen Chyrographa super quantitate ex praecedente causa debiti die exceptio N. N. P. durchaus nicht statt finde. Man vergleiche nur das im 14ten § von mir angegebene Beyspiel mit dem so eben erwähnten, und die Verschiedenheit beider Fälle wird klar seyn. Dort wird die Voraussetzung unterstellt, daß der Inhaber aus dem Zahlungsschein eine noch zu erfüllende Verbindlichkeit des Producten ableiten will, dahingegen hier die Production des Chyrographi dazu dienen soll, den Producenten von einer angeblich schon erfüllten Verbindlichkeit zu befreien; dort hatte die geschehene Zahlung auf den Zweck des Klägers und die Existenz der eingeklagten Verbindlichkeit keinen wesentlichen Einfluß, hier hängt davon allein alles ab, sie ist der Hauptgegenstand des ganzen Rechtsstreits; dort kommt es mithin vorzüglich

darauf

darauf an, die causam debiti praecedentem in Gewißheit zu setzen, hier ist die Sache entschieden, sobald die geschehene oder nicht geschehene Zahlung ausser Zweifel ist.

Länger brauche ich mich nach den in den vorigen §§ vorausgeschickten ausführlichen Erörterungen wohl nicht hierbey aufzuhalten, und bemerke daher nur, daß ich nach der schon allegirten l. 14. mit Meurer (§. 12. not. 2.) annehme, daß diese gegen Quittungen statt findende Replica N. N. P. nicht blos auf den Darlehnscontract eingeschränkt, sondern in allen den Fällen anwendbar sey, wobey die vorhin erwähnten Voraussetzungen sämmtlich eintreten.

§. 16.

3.) Von der Exceptio non numeratae pecuniae, als Klage vorgebracht.

Es lautet beinahe etwas widersinnig, wenn ich sage: eine Einrede als Klage vorgebracht; und man könnte mir dies um so mehr vorwerfen, da der Ausdruck; querela non num. pec. allgemein hergebracht, sogar gesetzlich ist. Inzwischen dünkt mir eben der ganz eigne Begriff, den die Gesetze mit dem Ausdruck: exceptio N. N. P. bezeichnen, auf keine Art leichter und sicherer beibehalten werden zu können, als wenn man hier einmal ganz bey den Worten stehen bleibt. Machen doch die Gesetze auch darin keinen Unterschied, daß sie in beiden bisher erörterten Fällen immer nur von einer exceptio N. N. P. reden, und dennoch in keinem von beiden eine wahre Einrede,

son-

sondern bald negative litis Contestation, bald eine Replik darunter verstehn. Ueberdas ist die querela N. N. P. mit der eigentlich sogenannten exceptio N. N. P. im wesentlichen so durchaus einerley, daß ich ungern durch eine blos nach der Form derselben veränderte Benennung zu der Idee Veranlassung gebe, als wäre wirklich zwischen beiden ein nur etwas bedeutenderer Unterschied. Was ich schon oben sagte, wiederhole ich auch hier. Die Querela N. N. P. ist nichts weiter, als ein subsidiäres Rechtsmittel, wenn ich so sagen darf, im Dienste der exceptio N. N. P. — Mit dieser verbinden die Gesetze die bekannten Vorzüge; es können sich aber dieselben, der natürlichen Beschaffenheit jener Exception, als Antwort auf eine Klage, wegen, nur dann erst äussern, wenn dem Excipienten von seinem angeblichen Gläubiger dazu Gelegenheit gegeben wird; ja er kann, wenn dies vor Ablauf der gesetzlichen Zeit nicht geschieht, wohl gar gänzlich um seine Vorrechte kommen. Diesem Nachtheil vorzubeugen gestatten nun die Gesetze dem Schuldner, durch die querelam N. N. P. gewissermassen, als durch eine Provocation, seinen Gegner aufzufordern, seine auf einen ausgestellten Schuldschein etwa zu gründenden Ansprüche entweder aliunde zu beweisen, oder denselben durch Zurückgabe des Scheins gänzlich zu entsagen. — Daß sich dieses wirklich so verhalte, bezweifelt Niemand, nur könnte man mir hier vielleicht den Einwurf machen, wie sich denn aber in diesem Falle auf eine analoge Art erklären lasse, daß der Beklagte den Beweis übernehmen müsse; hier, übernehmen müsse; hier, wo doch der obige Grund einer negativen litis Contestation (§. 10. 12.) wegfalle. Darauf antworte ich: vorerst ist, wie gesagt, die querela N.

N. P. kein selbstständiges Rechtsmittel, sondern in der That nichts anders, als eine Modification, eine Gebrauchsart der gleichnamigen Exception, nach welcher sie sich ebendarum in jeder Hinsicht richten muß. Demungeachtet aber läßt sich auch ohne diese Voraussetzung die ganze Sache sehr natürlich erklären: der, welcher querelam N. N. P. anstellt, klagt mit Beziehung auf die gesetzliche Verfügung auf Zurückgabe des Schuldscheins wegen dessen Ungültigkeit. Diese Ungültigkeit, das eigentliche Fundament seiner Klage, ist iuris, und braucht mithin nicht bewiesen zu werden. Factum actionis ist — nicht Ausstellung eines Scheins ohne wirkliche Zahlung — sondern blos: Ausstellung eines Schuldscheins, der noch nicht das gesetzliche Alter, 2 Jahre, 30 Tage ꝛc. erreicht hat; denn einem solchen sprechen die Gesetze, ohne auf die Wahrheit oder Unwahrheit von dessen Inhalt nur im geringsten Rücksicht zu nehmen, blos weil er noch nicht so alt ist, alle Gültigkeit und Beweiskraft gänzlich ab, und berechtigen ebendadurch den Aussteller zu dessen Zurücknahme. Daß aber jenes factum, die blose Ausstellung, ebenwohl nicht erwiesen zu werden brauche, ist klar, indem, wenn der Beklagte diese leugnet, sogleich der ganze Proceß aufhört, weil nunmehr der Zweck desselben, Sicherstellung des Klägers, von selbst cessirt. Giebt er sie aber zu und man sieht bey der Production dessen Alter, so weis der Richter schon genug, um sogleich definitiv zu entscheiden. Eine solche Entscheidung würde alsdann blos darauf gerichtet seyn, ob der Beklagte dem petito der Klage gemäs, den Schuldschein zurückgeben oder ob er ihn behalten solle; weil jedoch im ersten Falle es gar wohl möglich ist, daß der Beklagte wirklich die Zahlung leistete,

und

und durch den Beweis hiervon in der Hauptsache selbst per consequentiam eine gegentheilige Entscheidung nothwendig gemacht würde, so muß es ihm ohne Zweifel überlassen bleiben, ob er diesen Beweis, den er dann freilich auf andre Art, als mit dem vorhandnen Zahlungsschein zu führen, verbunden ist, übernehmen will. Daß aber, wenn nun dieses geschieht, das ihm obliegende Beweis Onus ganz nach allgemeinen Regeln so regulirt werden mußte; daß folglich auch hier, wie oben (§. 11.), die einzige wahre Abweichung nur die zu gebrauchenden Beweismittel betrifft, ist nunmehr leicht zu erweisen; die Gesetze geben nun einmal dem Aussteller eines Empfangsscheins binnen einer bestimmten Zeit das Recht, solchen zurückzufordern, und legen ebendadurch dem Inhaber desselben die Verbindlichkeit auf, solchen zurückzugeben. Will sich in einem einzelnen Falle jemand der Ausübung jenes Rechts, der Erfüllung dieser Verbindlichkeit entziehen, so muß er seine die gesetzliche Regel in casu substrato einschränkende Behauptung durch Anführung der ausnahmsweise hier eintretenden Umstände vorher unterstützen, und diese rechtlich erweisen.

§. 17.

§. 17.

C.) Von der Dauer der exceptio non numeratae pecuniae, und dem darauf gegründeten Literalcontract:

1.) Darstellung der wahren Beschaffenheit desselben.

Es ist hier meine Absicht nicht, mich auf eine weitläuftige Herzählung aller über die Dauer der except. N. N P. in ihren verschiednen Anwendungsfällen, vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen im Einzelnen einzulassen; diese findet man in jedem Compendio, und in den Gesetzen selbst: (l. 14. C. de non num. pec. Nov. 100 c. 1. 2.) klar genug auseinandergesetzt. Inzwischen kann ich unmöglich diese Lehre verlassen, ohne der ausgezeichneten Wirkung zu erwähnen, welche das Römische Recht mit dem Ablauf der einmal bestimmten, längeren oder kürzeren Dauer der exceptio oder querela N. N. P. verbindet. Ich hatte oben Gelegenheit, die Gründe näher anzugeben, um deren willen ein Chyrographum während jener Zeit beweislos gemacht, oder was dasselbe heißt, eine exceptio N. N. P. dagegen zugelassen wurde (§. 11.); ich führte da mit Zustimmung der Gesetze an, daß diese Beweislosigkeit vorzüglich darum verordnet sey, weil bedrängte Schuldner vielleicht oft aus Noth bewegen ließen, einen Empfangschein auszustellen, ohne noch dessen Gegenstand wirklich erhalten zu haben, und daß mithin Vorsorge für diese der eigentliche Bewegungsgrund jener gesetzlichen Verfügung sey. — Und jedoch auf der andern Seite nicht gegen den Gläubiger ungerecht zu seyn, der

das

das Geld wirklich gezahlt hatte, und nun nach Jahren erst, wo er die Schuld zurückverlangt, sich einer Beweisführung unterziehen soll, wozu die Mittel ihm, die früher zur Unterstützung seiner Forderung dienen konnten, nun vielleicht nicht mehr offen stehen; um einem solchen nicht auch das letzte noch abzuschneiden, was vielleicht einzig ihm bisher zur Sicherheit übrig blieb, bestimmten die Gesetze peremtorisch einen Zeitraum, binnen welchem ein Schuldner, der, ohne das Geld wirklich erhalten zu haben, dennoch dessen Empfang bescheinigt hatte, die obgedachte Exception opponiren, oder, wenn es ihm dazu an Gelegenheit gebrach, mit einer besondern Klage jenen Schein zurückfordern sollte. — Auf den von einem solchen Schuldner unbenutzten Ablauf dieser Zeit, mit Verlust jenes Privilegii nun eine rechtliche Vermuthung zu gründen, daß er das Geld wirklich erhalten habe, wäre der Sache vollkommen angemessen; und wohl keine zu harte Strafe seiner Nachlässigkeit gewesen; doch gieng darin sicher das Römische Recht zu weit, wenn es diese Vermuthung zu einer praesumtione iuris et de iure erhob, sie hierdurch mit einer jedem Gegenbeweis widerstehenden Beweiskraft versah, und so auf einen während der gesetzlichen Zeit ohne Widerspruch des Schuldners in des Gläubigers Händen befindlich gewesenen Schein, einen neuen modum obligandi, den sogenannten Literalcontract gründete. War nehmlich die gesetzliche Zeit, binnen welcher jenes Privilegium galt, vom angeblichen Schuldner unbenutzt, verstrichen, so entstand nunmehr ex literis eine Verbidlichkeit für ihn, die exceptio N. N. P. half ihm dagegen nicht mehr, wurde selbst dann nicht attendirt, wenn der Opponens sich zum Beweis

weis des Nicht-Empfangs bereit erklärte; er muste nunmehr zahlen, nicht, weil er den eingeklagten Gegenstand empfangen hatte, sondern weil er, ihn empfangen zu haben, schriftlich versichert hatie; nicht also der wirkliche Empfang, sondern die schriftliche Versicherung machte bey dieser neuen Verbindlichkeit das eigentlich dieselbe begründende Factum aus. — So wenigsteus verhält sich die Sache, wenn man dabey, ohne auf Billigkeit zu sehen, blos die Gesetze zu Rathe zieht; wie man sich gegen die darin liegende Härte bey den meisten Gerichtshöfen in neueren Zeiten zu helfen gewußt, davon unten mehr, hier erst der Beweis, daß, was ich als gesetzliche Vorschrift dargestellt habe, juristisch betrachtet, die allein richtige Ansicht sey.

§. 18.

2.) Rechtfertigung obiger Darstellung.

Was ich im vorigen § von der Entstehung des sogenannten Justinianischen Literalcontracts gesagt habe, stimmt zwar ganz mit der Meinung beinahe aller älteren Juristen überein, und selbst ein groser Theil der neueren und neuesten hält diese Vorstellungsart für die richtige. Nur wenige behaupten dagegen, daß jene praesumtio iuris et de iure, mithin auch die daher geleitete obligatio ex literis im Römischen Gesetzbuch nicht wirklich gegründet, und folglich der sogenannte neuere Literalcontract ein von den Interpreten zuerst erdachtes Unding sey. Besonders heftig äussert sich hierüber Meurer in der IIIten der vorhin allegirten Abhandlungen, deren Ueberschrift: Leichenrede auf den sogenannten jüngeren

geren oder Justinianischen Literalcontract, schon auf ihren Inhalt schließen läßt. Daß er die Benennung als unvernünftig und völlig unstatthaft verwarf, möchte noch hinzehen, und ich will deren Unschicklichkeit selbst nicht vertheidigen, indem es dazu keiner grosen Ueberlegung bedarf, bey jenem Vorgang den Mangel aller wesentlichen Bedingungen eines wahren Contracts zu entdecken; allein die Sache selbst hat doch ihre Richtigkeit. Die Gesetze sagen zu bestimmt, daß in dem angegebenen Falle ex *solis* literis eine gleiche Verbindlichkeit, als durch die wirkliche Zahlung erfolgen solle, um aus Gründen, die weniger aus diesen Gesetzen selbst, als von der Bemerkung, daß eine solche Verbindlichkeit unbillig, oder, wie sich Meurer wiederholt ausdrückt, sogar unvernünftig sey, hergenommen sind, deren Existenz in Zweifel ziehen zu dürfen. Haben die Gesetze hierin eine Unbilligkeit begangen, — geradezu unvernünftig möchte ich die Verordnung nicht nennen, da sie immer durch verschiedene, vielleicht mehr, als es hätte geschehen sollen, berücksichtigte Gründe, colorirt werden kann — so kann dies einem künftigen Gesetzgeber zur Veranlassung dienen, das Gesetz ganz abzuändern, wie denn dies z. B. im Preussischen Landrecht wirklich geschehen ist; allein solange eine solche Aufhebung noch nicht erfolgt ist, muß das Gesetz gelten ohne irgend eine Beschränkung, die nicht dessen Inhalt selbst erfordert.

Nun zum Beweis meiner Behauptung, daß die obligatio ex scriptura in dem Sinne, wie ich sie oben erklärt habe, wirklich im Römischen Recht gegründet sey; Am beweisendsten hierüber ist sowohl der bestimmten Dar-

stel-

stellung wegen, als weil gerade hierbey der Zweck war, die eigentliche Beschaffenheit der Sache für Anfänger auseinander zu setzen, der Institutionen Titel: de literarum obligationibus. Ich brauche wirklich nur dessen Inhalt zu extrahiren, und, wer nicht schon vorher dagegen eingenommen ist, wird ihm gewiß keine andre Deutung geben können, als die ich ihm beilege: „Plane si quis de„bere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pe„cunia minime numerata post multum temporis exceptio„nem opponere non potest: hoc enim saepissime consti„tutum est. Sic sit, ut et hodie, dum quaeri non po„test, *scriptura obligetur*, et *ex ea* nascatur condictio.“ Auch die l. 8. C. de N. N. P. sagt eben dies in den Worten: „sin vero legitimum tempus excessit, in querimo„niam creditore minime deducto, omnimodo heres ejus „— — debitum solvere compellitur.“ Am nachdrücklichsten aber, und so, daß in der That kein Zweifel übrig bleibt, disponirt hierüber die 100te Novelle. Wie kann man eine ex solis literis entstehende Verbindlichkeit wohl besser und bestimmter beschreiben, als wenn man sagt: „Ubi enim licet in prolixo sic tempore proponere quere„lam: si tacere elegerit, palam est, voluisse, *vel si non* „*accepit dotem*, omnino eum, aut suos reddere heredes; „— — tempore in omni casu tali extendente suos effec„tus et dante vel *perimente* querelam“; und ferner im 2ten Capitel: „Si vero transcurrerit decennium: tunc „neque marito, neque heredibus eius querela erit, *tem„pore ad omnia sufficiente* mulieri! — Und genau genommen, so ist ja dies gar nicht einmal eine solche Singularität, als wofür sie gewöhnlich ausgegeben wird; wir haben ja gänzlich analoge Beispiele so ganz in der Nähe,

daß

daß man sich darauf gar nicht einmal lange zu besinnen braucht. Worin sind denn die Wirkungen der extinctiven Verjährung von den im vorliegenden Falle eintretenden verschieden? — Dort ist für Klagen ein gewisser Zeitraum festgesetzt, der peremtorisch ihre Dauer bestimmt, hier ebenso; dort hat diese peremtorische Fristbestimmung die Wirkung, daß nach deren Ablauf die Klage nicht weiter angestellt werden kann, sondern der Beklagte, ohne sich auf die Richtigkeit der an ihn geschehenen Forderung einzulassen, blos durch Anführung des abgelaufenen Zeitraums sich schützen kann, hier völlig ebenso; dort wird, wenn die Verjährung als richtig anerkannt ist, sogleich definitiv entschieden, ohne darauf zu sehen, was vor dem Verfluß der festgesetzten Zeit Rechtens gewesen wäre, hier gerade ebenso. Will man sich von dieser Uebereinstimmung noch deutlicher überzeugen, so stelle man Beispiele von diesen beiden Fällen einander gegenüber, und die auffallendste Aehnlichkeit wird ohne Mühe einleuchten. Vorerst also von der extinctiven Verjährung: A giebt dem B ein Darlehn auf ein Jahr; nach diesem Jahr würde er solches mit der condictione ex mutuo zurückfordern können, er thut dies aber nicht, sondern läßt vielmehr die zur Dauer jener Klage bestimmten 30 Jahre völlig ablaufen, und will nun erst klagen; B opponirt ihm praescriptionem temporis; A kann mit den gültigsten Beweisen die Rechtmäßigkeit seiner Forderung darthun, allein demungeachtet wird er damit nicht gehört, sondern blos wegen Ablauf des gesetzlichen Zeitraums mit seiner Klage abgewiesen, tempore ad omnia sufficiente debitori. Nun das andre Beispiel: A stellt an B einen Schuldschein aus, ohne die darin bemerkte Summe erhalten zu haben; er

könnte also binnen den nächsten zwey Jahren seinen angeblichen Gläubiger im Fall einer Klage mit der exceptione N. N. P. abweisen, oder mit der gleichnamigen Querel den Schuldschein zurückfordern; er bleibt aber während dieses Zeitraumes ruhig sitzen, und will erst dann, als nach dessen Ablauf B gegen ihn aus jenem Schuldschein klagt, jetzt noch die Zahlung leugnen, und daß solche nicht geschehen sey, durch bündige Beweisgründe darthun. Das hilft ihn aber nichts, er wird mit seiner Exception abgewiesen, nicht weil sie factisch ungegründet wäre, sondern weil der gesetzliche Zeitraum ihrer Dauer verflossen ist, und sie dadurch jede rechtliche Würkung verloren hat, tempore nunc ad omnia sufficiente creditori: Nov. 100. c. 2. der einzige Unterschied dieser beiden Fälle ist nicht wesentlich k.), sondern besteht lediglich darin, daß im ersten blos durch den Ablauf einer gewissen Zeit eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben, im letzten eine nicht wirklich begründete Verbindlichkeit als vorhanden angenommen wird; dagegen hat dieser letztere Fall nach den Umstand für sich, daß doch hier ein schriftliches Bekenntniß von Seiten des Beklagten im Mittel liegt, dessen Ausstellung und solange unterbliebene Zurückforderung weit eher eine Vermuthung der freiwilligen Renunciation, und wenn diese geleugnet wird, eine Strafe der Nachlässigkeit zulassen dürfte, als die blose Unterlas-

sung

k.) Auch in der That nur für das hier gegebene Beispiel passend, indem sich, wie ich nachher zeigen werde, der Fall ebensoleicht auch so darstellen läßt, daß selbst diese Verschiedenheit gänzlich verschwindet.

fung einer competirenden Klage ohne einige Aeusserung von Entsagung.

Mit dem, was ich bisher gesagt habe, wollte ich nur einige Aehnlichkeit zwischen dem bey der extinctiven Verjährung statt habenden Rechtsverhältnisse, und demjenigen, worauf der sogenannte Literalcontract gegründet wird, darlegen; habe ich diesen Zweck erreicht, so liegt das von mir beabsichtigte Resultat, daß nehmlich die Entstehung jener Verbindlichkeit ex sola scriptura lapsu temporis firmata keine so ganz exorbitante und beispiellose Verordnung des Römischen Rechts sey, als wofür sie gewöhnlich ausgegeben wird, klar vor Augen, und ich habe dann schon den grösten Stein des Anstoßes aus dem Wege geräumt. Inzwischen kann ich mich nicht enthalten, bey dieser Darstellung noch einen Schritt weiter zu gehen, und eine Hypothese aufzustellen, die ich freilich vor der Hand nur als solche betrachtet wissen will, die aber selbst die letzte Spur einiger Singularität aus der Lehre von der Literalverbindlichkeit verbannen würde. Bey weiterem Nachdenken finde ich es nehmlich nicht ganz unmöglich, diese ganze Lehre, die ich vorhin blos als analoges Gegenstück der extinctiven Verjährung an die Seite gestellt habe, sogar wirklich hierauf zu gründen und daraus herzuleiten. Daß Justinian selbst mehrmals sagt, es entstehe jene Verbindlichkeit ex scriptura, kann mich dabey nicht irren, er gieng hierbey von einem ganz richtigen, nur nicht dem nächsten Grunde aus. Die Ausstellung der Scriptur war freilichwohl ohne allen Zweifel Ursache, daß der exceptio N. N. P. eine peremtorische Dauer gegeben, und diese sogar von Justinian noch mehr, als

vorher, verkürzt wurde. Diese bestimmte Dauer hingegen ist erst die eigentliche Veranlassung der nachherigen Unzulässigkeit derselben, und der Gültigkeit einer sonst dadurch zu vernichtenden Verbindlichkeit; so giebt also die Scriptur nur die factische Grundlage und den materiellen Inhalt dieser Verbindlichkeit, der Zeitverlauf hingegen bewürkt die Form und ist das eigentliche medium obligandi; wie denn hierauf die schon oben extrahirten gesetzlichen Ausdrücke am unbezweifeltsten führen. — Dies vorausgeschickt, denke ich mir die Sache so: So wie auch für andere Klagen häufig eine kürzere Dauer festgesetzt ist, als die l. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann im allgemeinen vorschreibt, so ist denn auch für die exceptio N. N. P., als Querel betrachtet, auf gleiche Art ein eingeschränkterer Zeitraum bestimmt, an den ihre Existenz gebunden ist, und dessen Ablauf demjenigen, welchem sie competiren würde, das Mittel benimmt, sein vielleicht wirklich begründetes Recht geltend zu machen. Gerade so, wie bey allen übrigen Klagen und Einreden, deren längere oder kürzere Dauer den Kläger oder Beklagten nöthigt, von ihnen während der bestimmten Frist nothwendig Gebrauch zu machen, wenn er sich nachher nicht die gänzliche Verwerfung derselben gefallen lassen, und somit zugeben will, daß alsdann eine Behauptung seines Gegners, die er sonst gar wohl hätte anfechten können, nunmehr als Wahrheit angenommen, und keine auch noch so gegründete Einwendung mehr dagegen gehört werde; ebenso findet ein Gleiches bey der querela N. N. P. in eben der Maaße statt. Auch bey ihr wird nach dem Ablauf der für sie bestimmten Dauer darauf nicht mehr reflectirt, und der dem Gegentheil competi-

renden Darlehns- oder sonstigen Klage mit eben der Wirksamkeit statt gegeben, als wenn der Beklagte dessen Vortrag ohne Widerspruch eingeräumt hätte. — So läßt sich jene ihrer exorbitanten Unbilligkeit wegen sosehr verschrieene Lehre auf die leichteste Art von der Welt einem andern schon bestehenden Rechtsinstitut, das man ohne Bedenken allenthalben gelten läßt, nicht nur analogisch anpassen, sondern sogar unmittelbar aus demselben herleiten und durch dasselbe begründen. Auch steht mir hierbey die Lehre des canonischen Rechts von der bona fide nicht im Weg, denn wenn man nicht etwa dies freilich sonst allgemeine Erforderniß bey dergleichen kurzdauernden Klagen, als die in Frage stehende Querel ist, darum gänzlich verbannen will, weil bey ihnen die Verjährung in gutem Glauben beinahe nicht gedenkbar, und durch die kürzere Zeitbestimmung gewissermaßen schon für völlig unstatthaft erklärt ist, so habe ich nichts dagegen, eben in der Nothwendigkeit dieses Erfordernisses ein Mittel zu finden, aus einem mehr rechtlichen Grunde, als es bisher geschahe, die Wirkungen der unterlassenen querela N. N. P. in diejenigen Grenzen zurückzudrängen, welche derselben bisher schon durch einen ziemlich ausgebreiteten Gerichtsgebrauch gesteckt wurden, d. h. im Fall der vorgebliche Gläubiger in mala fide war, alsdann die exceptio N. N. P. auch nach dem Verfluß des ihrer Zulässigkeit sonst vorgeschriebenen Zeitraums dennoch zuzulassen. Daß sie hier, wie man sich gewöhnlich auszudrücken pflegt, nicht mehr privilegirt ist, bedarf keiner besondern Erwähnung, indem das Privilegium der Beweisbefreiung schon dadurch von selbst wegfällt, indem ja bereits durch den über das Vorhanden-

seyn

seyn der mala fides stets vorher zu führenden Beweis eo ipso schon die Wahrheit der Einrede dargethan, und demnach weder von der einen noch der andern Seite irgend ein weiterer Beweis mehr nöthig ist. — Zum Schluß noch ein Beispiel aus der Lehre von Verjährung der Klagen und Einreden, das dem vorliegenden Falle durchaus gleich kommt. Man nehme an, es sey jemand von einem andern mit Gewalt gezwungen worden, ihm eine gewisse Summe Geld als Geschenk zu versprechen, und darüber ein schriftliches Bekenntniß auszustellen; er ließe diese Scriptur während der ganzen Zeit, in der es ihm verstattet wäre, solche mit einer querela nullitatis anzufechten, in des donatarii Händen, und wollte, wenn nun dieser nach Ablauf der gesetzlichen Zeit die Erfüllung jener Schenkung verlangte, sich durch eine exceptionem nullitatis schützen; man nehme ferner an, er selbst erbiete sich, mit den bündigsten Beweisen die erlittene Nöthigung ausser Zweifel zu setzen, wird er damit gehört werden? — Keinesweges, sondern die an sich völlig ungültige Schenkung wird durch den Ablauf der Zeit corroborirt, und der donans ebenso an sein schriftliches Bekenntniß gebunden, als wenn er das darin enthaltene Versprechen freywillig gegeben hätte. Sehr passend finden die in dem 11ten Cap. der 100ten Novelle von der Querela N. N. P. gebrauchten Ausdrücke auch hier ihre Anwendung: Ubi enim licet in prolixo sic tempore proponere querelam, si tacere elegerit, palam est, voluisse, vel si non promisit donationis objectum, omnino eum vel suos dare heredes; — — tempore in tali casu dante vel perimente querelam, idcoque donatario ad omnia sufficiente.

§. 19.

§. 19.

3.) Widerlegung der in Meurers juristischen Abhandlungen hiergegen formirten Einwürfe.

Wenn ich hier die in vorgedachter Schrift von dem Verfasser des zweiten und dritten Aufsatzes im allgemeinen aufgestellte Behauptung, daß der sogenannte Justinianische Literalcontract nach Form und Inhalt ein von den Interpreten lediglich erdachtes Unding sey, noch besonders widerlegen wollte, so könnte dies nur durch eine gänzliche Wiederholung des bisher gesagten geschehen, indem der vorige § meine Meinung hierüber bereits vollständig auseinandersetzt; ich werde daher blos einzelne in jenen Abhandlungen enthaltne Bemerkungen zum Gegenstand meiner Beurtheilung wählen.

Daß vorerst die Erklärung der vorhin allegirten Gesetze, vorzüglich auch im 57ten § des IIten Aufsatzes, durchaus geschroben und gesucht genannt zu werden verdiene, wird keinem unpartheiischen Beobachter entgehen: inzwischen führt überdas der Verfasser eine Menge Offensivgründe für sich an, die sich zum Theil zwar ebenfalls schon aus dem vorigen widerlegen, zum Theil aber hier noch einer besonderen Erörterung bedürfen. Vorerst sagt Meurer im 41ten §., wenn der exceptio N. N. P. durch die Römischen Gesetze eine gewisse Dauer bestimmt werde, so gienge dies keinesweges auf den ganzen Vortrag, sondern nur auf das singuläre Recht, welches damit verbunden ist. Diese Behauptung scheint um so gegründeter, da ich die rechtfertigende Ursache derselben, weil nehmlich, wenn die Gesetze von der exceptio N. N. P. reden,

sie

sie stets jene sogenanute privilegirte darunter vorstehen, bereits oben selbst zugegeben habe. Inzwischen glaube ich dennoch nicht, daß dieser Satz hier völlig passend angewendet werden könne. Man unterscheide wohl: ich sagte keinesweges: die Gesetze bezeichnen mit der Benennung: exceptio N. N. P. blos die besondern Eigenheiten derselben, sondern vielmehr: sie verbinden mit dem mehr vulgären Begriff jener Exception stets auch ihre eigenthümlichen Singularitäten, oder mit andern Worten: die Gesetze verstatten nur in gewissen Fällen die exceptionem N. N. P., aber wo sie dieselbe verstatten, da klebt ihr auch stets das mit derselben verknüpfte Privilegium an: mit ihrer Erscheinung trit das Privilegium ein, mit ihrer Verbannung hört auch dieses auf. Demnach würde es äusserst sonderbar seyn, wenn man einmal unter jener Benennung nur das annexum der genannten Exception, nicht sie selbst verstehen, und eine darnach gefaßte gesetzliche Verfügung nur auf jenes, nicht auf diese beziehen wollte. Wie sollte denn die exceptio N. N. P. alsdann heissen, wenn die Zeit verstrichen, und das derselben anklebende Vorrecht demnach erloschen wäre? — Eine exceptio non impleti contractus drückt, wie ich oben gezeigt habe, das gar nicht aus, da bey dieser von der Consummation, bey jener von der Eingehung eines Contracts die Rede ist (§. 14 in f.); es müste also von den Gesetzen doch wenigstens irgend einige Anleitung gegeben seyn, was alsdann noch für eine Exception statt finden, und unter welchem Nahmen dieselbe eingeführt werden sollte. Davon aber sagen die Gesetze nicht ein Wort, vielmehr führen alle, die hierüber disponiren, durch ihre ganz bestimmten Ausdrücke sehr natürlich auf den Gedanken, daß praeter-

lapso

lapso tempore gar keine Berufung auf nicht geschehene Zahlung mehr statt finden solle: Post multum temporis *queri non potest;* exceptio non numeratae pecuniae, certa die non delata querela, *evanescit;* biennio elapso *nullo modo* exceptio non numeratae pecuniae *introduci potest*: Tit. J. de liter. oblig. l. 9. l. 10. l. 14. pr. C. de non num. pec. Vorzüglich der letzte Satz läßt keinen Zweifel übrig; der Ausdruck: *introduci* non potest scheint eben darauf hinzuweisen, daß nun gar keine Klage oder Exception vor Gericht mehr angebracht werden kann, und der Zusatz: nullo modo schließt doch offenbar nicht blos das besondre Privilegium, sondern die ganze Exception, auf welche Weise man auch dieselbe vorbringen möchte, mithin auch ohne das Privilegium aus. Dagegen bestimmen vielmehr andre Gesetze ausdrücklich die Wirkungen dieses Hinwegfallens der exceptio N. N. P.; daß nehmlich darauf geradezu die Zahlung erfolgen sollte. Sie sagen ja ausdrücklich, der angebliche Schuldner unterwerfe sich dadurch, daß er die ihm gegebene Befugniß, sich der exceptio N. N. P. zu bedienen, unbenutzt, und dadurch diese selbst erlöschen lasse, nunmehr der Verbindlichkeit, auch das Nichterhaltene zu bezahlen; Sie finden daher kein Bedenken, ihm das einzige Mittel zu rauben, wodurch er sich der Erfüllung jener Verbindlichkeit hätte entziehen können. Post multum temporis queri amplius non potest, quia exceptio N. N. P., quae ultra biennii metas minime extenditur, evanuit; sed debitum solvere compellitur — sind lauter Ausdrücke, die buchstäblich von den Gesetzen gebraucht werden, nnd gewiß für den Unpartheiischen Ueberzeugung bewürken müssen.

Ich gehe daher zu einem zweiten Argument, welches Meurer im 41ten §. seines Aufsatzes weiter ausführt, über: „Es streite die äusserste Billigkeit für seine Erklärungsart und eine Strafe der Nachlässigkeit falle da weg, wo jemand apertissima rerum argumenta zu seiner Vertheidigung in Händen habe, wie dies das Beispiel eines erhaltnen Mortificationsscheins am deutlichsten beweise." — Wo die Gesetze reden, muß Billigkeit schweigen! das ist ein Satz, gegen den sich nichts einwenden läßt; es könnte deshalb, da, wie ich oben bewiesen, die gesetzliche Disposition nicht zu bezweifeln steht, jener Billigkeitsgrund hier nichts releviren, auch selbst dann nicht, wann derselbe noch auffallender, als es wirklich der Fall ist, einträte. Da aber nach der vorherigen Ausführung uns ein andres Beispiel, welches fast täglich zur Anwendung kommt, so nahe liegt, bey dem gerade das nehmliche Verhältniß statt findet, und dennoch Niemand die dabey eintretende Strafe der Nachlässigkeit besonders unbillig findet; da sogar nach der gegebenen weiteren Darstellung beide Fälle Eins zu seyn, und auf gleichen Gründen zu beruhen scheinen, so wird hiernach jenes Argument immer schwächer, und bey der völligen Unschicklichkeit des beigefügten von Ausstellung eines Mortificationsscheins hergenommenen Beispiels so schwach, daß es als entscheidend gar nicht mehr in Betracht kommt. Unschicklich und unpassend aber nenne ich jenes Beispiel darum, weil, da von dem Inhaber selbst das verloren gewesene Instrument für ungültig erklärt ist, und also weder vor Ablauf der zwey Jahre, noch nach denselben die mindeste Kraft hat, vielmehr durch des andern eignes Eingeständniß dergestalt

stalt annullirt ist, daß er absque dolo sich schlechterdings nicht mehr darauf beziehen, dieser dolus aber in continenti durch Production des Mortificationsscheins erwiesen werden kann, in einem solchen Falle weder einige Negligenz noch auch eine Zeitberechnung gedenkbar ist, indem ja der Gegenstand der anzustellenden Querel wenigstens vermeintlich nicht mehr existirte und also dieselbe gar nicht einmal früher gebraucht werden konnte, mithin auch nicht gesagt werden kann, daß solche während des verflossenen biennii etc. competirt habe, und nach einer so langen Dauer nunmehr evanescirt sey 1). — Doch schon genug hiervon.

Einen ferneren Scheingrund für des Verfassers Meinung glaubt derselbe nach dem 62ten § seines Aufsatzes in der l. 1. C. de cond. ob turp. cauf. zu finden. Er schließt nehmlich so: der Excipient soll nach diesem Gesetz den Beweis der nicht geschehenen Numeration führen, dies kann nur von der Zeit nach dem Hinwegfallen der exceptio N. N. P. verstanden werden, weil vorher der Kläger beweisen müßte. Auf den Zeitpunct also läßt doch das Gesetz noch Beweis zu. — Ich setze dieser Erklärung zwey andre entgegen, die beide eben so natürlich, als die des Verfassers, demungeachtet mehr meine Behauptung begünstigen. Die erste ist wohl eben so hypothetisch, als jene, bedarf jedoch der factischen Voraussetzung nicht, daß schon das biennium verflossen wäre, welches hier gewiß besonders bemerkt worden seyn würde;

die

1.) So wenig man sagen kann, daß in einem ähnlichen Falle Verjährung mit extinctiver Wirkung eintreten könne.

die andre unterstellt grösstentheils des Verfassers eignen Gesichtspunct und führt dennoch auf das entgegengesetzte Resultat. Einmal nehmlich kann man annehmen, was sogar leicht möglich ist, daß das Chyrographum ex praecedente causa debiti ausgestellt und demnach hier ex negotio citra dationem perfecto geklagt wurde, wobey schon in der Regel dem Excipienten der Beweis obliegt. Der vorausgesetzte Fall wäre dann: Es übernimmt jemand die Verbindlichkeit, für einen andern ein gewisses Geschäfft zu besorgen, und bekennt in einem darüber verfaßten Instrument, die zu dem beabsichtigten Zweck erforderliche Summe erhalten zu haben. Bey einer auf die Erfüllung jener Verbindlichkeit gegen ihn erhobenen Klage leugnet er die geschehene Zahlung mit dem Beifügen, daß seine Bescheinigung nicht nach der Wahrheit, sondern um eines unerlaubten Zweckes willen (etwa einen Dritten damit zu hintergehen) ausgestellt sey. Da ist die praecedens causa, das abgeschlossne Geschäfft nehmlich, das eigentliche factum obligatorium, welches die Klage begründet, dies wird vom Beklagten nicht geleugnet oder wenigstens durch das Instrument sofort erwiesen; der Nichtempfang des Geldes und die vorgeschützte turpis causa sint mithin Umstände, die zwar allerdings jene Verbindlichkeit wieder schwächen oder aufheben können, sie formiren aber, eben in dieser Eigenschaft, nur eine Exception, die darum der Beklagte allererst erweisen muß: § 14. Nach dieser Erklärung ist die gesetzliche Verfügung klar; nun aber noch eine andre, die noch mehr bey dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleibt. Ich gebe zu, daß in dem vorliegenden Falle wirklich ein Chyrographum *super mutuo* vorhanden gewesen, und aus diesem

die

die Darlehnsklage angestellt worden sey; nehme aber alsdann an, daß dieser Klage nicht geradezu die except. N. N. P., colorirt durch Allegation der turpis causae, sondern principaliter exceptio turpis causae opponirt und nur als Folge davon die Nichtzahlung des Geldes angeführt wurde — so ist die Sache wieder klar: die exceptio turpis causae, als wahre Einrede, nicht sowohl gegen die Existenz des mutui, als vielmehr gegen die Gültigkeit des anerkannt eigenhändigen Empfangsscheins gerichtet, muß von dem Excipienten bewiesen werden, und ein eintretendes oder erloschenes Privilegium ist dabey gänzlich unstatthaft. Ob diese Einrede gerade das zweckmäßigste obmotum gegen jene Klage war, und ob die exceptio N. N. P. nicht nützlicher gewesen wäre, darauf kommt hier nichts an, wo der Jurist ex professo nur von der condictione ob turpem causam reden, diese beschreiben und Beispiele dazu geben wollte, um daran die Anwendung derselben zu zeigen, ohne auch daran zu denken oder sich wenigstens darum zu bekümmern, was für Einfluß etwa ein zufälliger Incidentpunct auf seine Entscheidung haben könnte; er will ja nur einen Fall beurtheilen, worin ob turpem causam eine Verbindlichkeit aufgehoben werden kann, und hält sich darum allein an diesen nächsten Vorwurf seiner Untersuchung, ohne auf mögliche Fragen zu reflectiren, welche aus zufällig hier einschlagenden andern Rechtsprincipien abgeleitet werden könnten.

Sodann allegirt Meurer im 66ten § seines Aufsatzes, als eine fernere Bestätigung seiner Behauptungen die l. 10. C. de N. N. P. Allein gerade hieraus glaube ich einen

nen neuen Beweisgrund für die meinigen nehmen zu können. Der Kaiser sagt darin ausdrücklich: Zwischen demjenigen, welcher eine geschehene Zahlung behauptet, und dem, welcher mit der exceptione N. N. P. dieselbe leugnet, sey ein großer Unterschied, aus dem Grunde, weil in jenem Falle der behauptende selbst den Beweis führen müsse, in diesem Falle aber (wo die Behauptung als negative litis Contestation zu betrachten ist) derselbe davon befreit sey; und es paßten daher auch die Eigenheiten der genannten Exception, als z. B. die kurze Fristbestimmung, auf jenen Vortrag nicht. — Hieraus würde ich nun keinesweges mit Meurer den Schluß ziehen, daß da nur die privilegirte exceptio N. N. P. in gewisse Zeiträume eingeschränkt sey, nach dem Wegfallen dieses Privilegii dem Aussteller der Beweis immer offen bleibe; sondern mir dünkt dagegen folgendes Resultat weit richtiger: die enge Grenzbestimmung in Ansehung der Dauer paßt nur auf die Fälle, wo eine wirkliche exc. N. N. P. eintreten kann, nicht aber auf ganz andre Einreden, und sonstige Behauptungen. Demnach wäre in dem Gesetz nicht sowohl die sogenannte privilegirte except. non num. pec. der unprivilegirten (eine Beziehung auf diese läßt kein Wort des Gesetzes ahnden), sondern die exceptio N. N. P. überhaupt, jeder andern eine geschehene Zahlung betreffenden Einrede entgegengesetzt; welche Erklärung offenbar auch der ganze Zusammenhang begünstigt.

Endlich soll auch die l. 14. § 3. C. de N. N. P. noch ganz vorzüglich der gemeinen, auch von mir angenommenen Meinung zur Wiederlegung dienen; inzwischen möchte ich auch dies Gesetz eher zu deren weiteren Bestätigung,

als

als um sie zu wiederlegen, anführen. Ganz ungezweifelt schließt Justinian darin den Eid nicht so aus, daß daneben allenfalls andre Beweismittel verstattet blieben, sondern die gebrauchten Ausdrücke, insonderheit das Wörtchen: nec — hier offenbar in der Bedeutung von: sogar nicht — führen vielmehr auf die Idee, daß schlechterdings kein Beweis, selbst nicht einmal der durch Eidesdelation, zugelassen werden solle. Die ganze Lage der Sache rechtfertigt eine solche Deutung: Eidesdelation ist überhaupt das ultimum refugium, nach welchem der Beweisende nur subsidiarisch greifen darf; hier könnte man, daß bey der Versagung sonstigen Beweises, wenigstens dies letzte Mittel nicht ebenfalls dem Aussteller des Chyrographi abgeschnitten sey, um so mehr vermuthen, als gerade die Eidesdelation zum Beweis einer Negative vorzüglich passend ist, und im vorliegenden Falle auch noch darum besonders schicklich erscheint, weil es auf solche Art der Gewissenhaftigkeit und ernsten Ueberlegung des vorgeblichen Gläubigers überlassen, und ihm recht nahe gelegt wird, ob er den im Fall des nichtgezahlten Geldes in seiner Forderung offenbar enthaltenen Betrug selbst mit Hintansetzuug seiner heiligsten Pflichten durchzusetzen sich entschließen werde. — Allein demungeachtet wird ihm dieses den vorliegenden Verhältnissen so durchaus angemessne Beweismittel (wievielmehr also ein jedes andre?) gänzlich versagt! Fragt man nach dem Grunde, so zeigt sich dieser, meiner Einsicht nach, genügend darin, weil nach dem Ablauf der bestimmten Zeit die exceptio N. N. P. dergestalt wegfällt, daß nunmehr dasjenige für Wahrheit angenommen wird, was durch dieselbe in Zweifel gezogen werden konnte, und folglich die Eidesdelation, so wie

jedes

jedes andre Beweismittel überflüssig wäre, da die hierdurch zu erweisende Nichtexistenz des Darlehnscontracts auf die Verbindlichkeit zur Zahlung, als welche nun nicht mehr auf jenem, sondern lediglich auf dem Ablauf der bestimmten Frist beruht, durchaus keinen Einfluß mehr haben kann. Auch fällt solchergestalt der Vorwurf eines Betrugs hier gänzlich weg, indem die Gesetze nach Verlauf des nachgelassenen Zeitraums eine neue Verbindlichkeit constituiren, ohne auf das Daseyn oder Nichtdaseyn der vorherigen im geringsten Rücksicht zu nehmen (§ 2.); an jenen Vorwurf kann man nur in dem Falle denken, wo noch apertissima rerum argumenta verstattet werden, und hierdurch die Zahlungsverbindlichkeit noch immer auf das vorherige Darlehn (wenn gleich dessen Existenz nur durch die allerbündigsten Beweismittel zweifelhaft gemacht werden kann) allein gegründet wird.

§. 20.

4.) Noch einige Bemerkungen über den heutigen Gebrauch dieser Lehre.

a.) im Allgemeinen.

Es leidet wohl im Ganzen keinen Zweifel, daß an den Orten, wo das Römische Recht noch gegenwärtig als gemeines Recht gilt, auch diese Lehre von der Literalverbindlichkeit ganz in der Maaße in Anwendung kommen müsse, wie ich solche im 17ten §. näher entwickelt habe. Was ich dort über dieselbe gesagt habe, war, wie der 18te § bestimmter ausführt, lediglich aus den Quellen selbst geschöpft und durch die entscheidends-

sten

sten Stellen des Römischen Gesetzbuchs begründet; Wo also dieses einmal recipirt und durch gültige spätere Normen nicht wieder verdrängt ist, da muß es auch in allen seinen Theilen gelten und jede Vorschrift desselben, die nur nicht mit den Grundsätzen heutiger Staatsverfassung streitet, muß, wo eine rechtliche Entscheidung gegeben werden soll, nothwendig in Anwendung kommen. — Zu dergleichen derogirenden Normen rechne ich inzwischen nicht blos ausdrückliche Gesetze oder ganze Sammlungen von Gesetzen, die der Gültigkeit des Römischen Rechts im Ganzen oder im Einzelnen entgegen sind und dessen Brauchbarkeit beschränken; ich rechne dahin vorzüglich auch, wenn gleich stets nur als Particularnorm, ein rechtlich begründetes Gewohnheitsrecht, oder damit übereinstimmenden Gerichtsgebrauch. — Ein Beispiel der ersteren Art giebt das Preussische Landrecht, welches die Wirkungen eines ausgestellten Schuldscheins durchaus wieder in die Grenzen zurückgeführt hat, welche dem Gebrauch eines jeden andern schriftlichen Bekenntnisses vorgeschrieben sind. Nie gilt er demnach mehr, nie aber auch weniger, als ein solches in andern Fällen; er bewürkt eine gesetzliche Vermuthung für den, in dessen Händen er sich befindet, und es trit diese Vermuthung zwar sogleich nach der Ausstellung, ohne vorher einigen Zeitverlauf abzuwarten, ein, sie bleibt aber dagegen auch immer, und wenn der Schuldschein auch noch so alt wäre, nur eine Vermuthung, die zwar dem Inhaber ein jedes andre Beweismittel entbehrlich macht, die aber dennoch, wie jede andre gewöhnliche Präsumtion, der Wahrheit weichen muß, sobald diese durch rechtlichen Beweis enthüllt werden kann. Hierin

M liegt

liegt demnach eine zwiefache Abweichung vom Römischen Recht; Einmal nehmlich in der Rücksicht, daß der Inhaber des Schuldscheins gleich anfangs, ohne erst den Ablauf eines biennii abzuwarten, denselben als Beweismittel seiner Forderung gebrauchen, und sogleich nach dessen Production vom angeblichen Schuldner den Gegenbeweis erwarten darf; Sodann aber auch darin, daß nach dem Ablauf des biennii noch immer ebenso, wie vorher, Gegenbeweis zulässig und solchergestalt jeder Gedanke an eine eintretende Literalverbindlichkeit gänzlich verbannt ist. — Ganz so weit gieng man bisher bey andern Gerichten noch nicht, und namentlich ist in Ansehung des ersten Puncts, soviel ich weis, allenthalben noch die Vorschrift des Römischen Rechts in unbeschränktem Gebrauche; um so allgemeiner aber hat, wie die meisten der neueren Schriftsteller versichern m), die Meinung Eingang gefunden, daß der mit natürlicher Billigkeit in der That so wenig harmonirende Literalcontract nicht mehr statt finden könne. Man läßt daher in den meisten Gerichten heutiges Tages die exceptionem N. N. P. selbst dann noch zu, wenn schon der Zeitraum gänzlich ver-

m) Man vergleiche *Berger* resol. legum obstant. Tit. de rebus cred. qu. 3. *Vinnius* comm. ad Inst. Tit. de literar. oblig. n. 11. *eiusd.* select. quaest. Lib. I. cap. 41. *Cocceji* ius civ. controv. Tit. de reb. cred. qu. 29. *Wernher* observ. forens. T. I. observ. 6. und *Hofacker* princ. iur. civ. T. III. §. 2048., welche sämmtlich die von mir ausgeführte Meinung für die gesetzlich richtigere erklären (worüber vorzüglich auch Otto in comm. ad Inst. T. II. c. 21. nachzulesen ist), jedoch den beinahe allgemeinen gegentheiligen Gerichtsgebrauch bezeugen.

verstrichen ist, an den die Römischen Gesetze ihre Dauer binden; jedoch alsdann unprivilegirt, d. h. so, daß nunmehr gegen dieselbe der producirte Schuldschein als beweisend angenommen, und nur dem Schuldner verstattet wird, durch Gegenbeweis dessen Inhalt zu entkräften. — Hierbey noch eine kurze Bemerkung: Was ich hier Gegenbeweis nenne, würde nach der gewöhnlichen Darstellungsart für den Hauptbeweis gelten müssen, indem nach dieser der Beklagte eigentlich selbst zum Beweis verbunden, und nur ausnahmsweise während der bestimmten Zeit davon befreit wäre, welche Befreiung dann nach Ablauf der gesetzlichen Zeit wieder aufhörte und seine schon vorher begründete und nur einstweilen suspendirte Beweis Verbindlichkeit nun wieder auflebte. Diese Idee aber würde — dessen nicht zu gedenken, was oben bereits dagegen angeführt worden — eine zwiefache Abweichung vom gemeinen Recht nothwendig machen, da hingegen nach der von mir gegebenen Ansicht nur eine völlig anreicht, um alles vollständig zu erklären. Nach jener wäre nicht blos die Entkräftung des Schuldscheins, als Beweismittels zu Gunsten des Klägers, sondern auch überhaupt schon die Verbindlichkeit dieses letzteren, den Beweis zu übernehmen, eine ganz abweichende Singularität; ich stelle die exceptio N N. P. als negative litis Contestation dar, und so ist wenigstens der letztre Punct mit allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechts in die vollkommenste Harmonie gesetzt.

Doch dies nur als Einschaltung, da zu dem Inhalte dieses Paragraphen nothwendig noch eine Untersuchung gehört, ohne die das hier Gesagte nur unvollständig er-

scheinen würde. — Worin eigentlich die Abänderung bestehe, welche durch einen von den Grundsätzen des Römischen Rechts abweichenden Gerichtsgebrauch eingeführt ist, habe ich vorhin schon bestimmt genug angegeben, auch ist gegen eine solche Abänderung gar nichts zu erinnern, so lange man sich bey einer darnach gebildeten Entscheidung blos auf diesen Gerichtsgebrauch und als veranlassende Ursache auf Gründe der Billigkeit bezieht. Will man aber auch aus Principien der gemeinen Rechte eine Stütze jener nur particulären Meinung hernehmen, so muß ich dies geradezu mißbilligen. Mehrere neuere Schriftsteller haben nehmlich nach Anleitung der l. 3. C. de N. N. P. und gestützt auf die Autorität von Lauterbach und Leyser m2) behauptet, daß die exceptio N. N. P. selbst stets als eine exceptio doli betrachtet werden könne, und in dieser Qualität in jedem Falle perpetuirlich sey, daß mithin solchergestalt schon nach Römischem Recht auch elapso biennio von derselben Gebrauch gemacht werden könne, wenn man nur hauptsächlich seine Intention auf den in der Zurückfordrung eines nicht gezahlten Darlehns liegenden dolum richte. Diese Ansicht halte ich für durchaus unrichtig; um dies deutlicher zeigen zu können, will ich die allegirte Stelle aus Lauterbach vollständig hieherſetzen:

„Multi sunt, qui plane negant, debitorem, etiamsi proba-
„tionem in se receperit, biennio elapso audiendum esse:
„l. 8. l. 14. pr. C. de N. N. P. Contrariam autem sen-
„tentiam, ut aequiorem, multi JCti amplectuntur, eam-

„que

---

m2) Cf. *Lauterbach* in colleg. theor. pract. Tit. de rebus cred. §. 81. *Leyser* in meditt. ad Pand. spec. 132. corr. 3.

„que in pronunciando ſecuti ſunt, docentes, dd. ll. de „formali et privilegiata hac exceptione accipiendas eſſe, „ſimplicem autem N. N. P. exceptionem perpetuam eſſe, „*quia cüm illa etiam concurrat exceptio doli:* l 3. Cod. „eod., quae extra dubium perpetua eſt.“ — Dagegen aber bemerke ich vorerſt, daß wenn auch wirklich eine ſolche Concurrenz beider Exceptionen zuläſſig wäre, dadurch demungeachtet die Dauer von jener nicht verlängert werden könnte, ſondern dieſelbe elapſo biennio exſpiriren und alsdann die exc. doli ganz allein noch competiren würde. Dies hätte dann die Folge, daß nunmehr der Excipient nicht nur den Mangel der vorgeblichen Zahlung, ſondern überdies auch die bösliche Abſicht des Klägers beweiſen müßte, indem bey der gänzlichen Unſtatthaftigkeit der eigentlichen exc. N. N. P. ohne dieſen letzteren Beweis, der ja ohnehin nur dazu dient, das der exceptio doli einzig zum Grund liegende Factum auſſer Zweifel zu ſetzen, immer anzunehmen ſeyn würde, daß wenn auch anerkanntermaßen die Zahlung nicht erfolgt ſey, des Klägers Anſprüchen dennoch irgend ein andres Fundament, welches, ohne denſelben eines doli zu beſchuldigen, in caſu ſubſtrato ſtatt haben könnte, zum Grunde liege; — wenn man nicht mit *Cocceji* in iure controv. Lib. XII. Tit. I. qu. 29. den Beklagten mit ſeiner exceptione doli (--executionem non impediente--) gänzlich ad ſeparatum verweiſen will. — Für gänzlich mißverſtanden und daher in der Maaße hier völlig unanwendbar erkläre ich aber die Diſpoſition der allegirten l 3. C. de N. N. P. Dieſe ſagt freilich: „Si „ex cautione tua conveniri coeperis, exceptione oppoſi„ta *ſeu doli* ſeu non numeratae pecuniae, compellitur „petitor probare, pecuniam ſibi eſſe numeratam.“ Was

hin-

hindert uns aber, diese Stelle so zu verstehen, wie sie mit den allgemeinen Regeln bestehen kann, welche uns soviele andre Gesetze über die Gebrauchsart der exceptio N N. P. geben, mithin solche eingeschränkt auf die Zeit zu erklären, wo das biennium noch nicht verflossen ist. Daß die Worte des Gesetzes selbst nur hiervon reden, zeigt deutlich die dem Kläger aufgelegte Beweisführung, und es bedürfte also immer schon einer extensiven Auslegung, um die für diesen Zeitpunct verstattete exceptionem doli auch nachher noch durch jenes Gesetz für begründet zu halten; mithin kommt es hauptsächlich darauf an, ob auch zu einer solchen Ausdehnung ein rechtsgültiger Grund vorhanden sey? — Und das glaube ich nicht, werde vielmehr einen sehr entscheidenden Gegengrund anführen, der meines Erachtens die Unzulässigkeit der erwähnten extensiven Interpretation ungezweifelt zu Tage legt. Schon am Ende des 19ten Paragraphen habe ich beiläufig der Bedingungen erwähnt, unter welchen man annehmen oder nicht annehmen kann, daß die Forderung eines Gläubigers, dem die exceptio N. N. P. entgegensteht, einen dolum enthalte. Darauf beziehe ich mich auch hier und bemerke ferner noch zur näheren Erläuterung: Solange die Gesetze überhaupt der exceptio N. N. P. gegen die Darlehnsklage die Wirkung beilegen, daß ein mißglückter Beweis der geschehenen Zahlung für den Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß zu Wege bringt, solange sie folglich dessen Verbindlichkeit zur Wiederzahlung nur in so fern anerkennen, als sein schriftliches Bekenntniß mit der Wahrheit übereinstimmt und mithin dieselbe lediglich auf den eingegangenen Darlehnscontract gründen; solange kann man den vorgeblichen Gläubiger

betrü-

betrügerisch nennen, der ohne wirkliche Zahlung der bescheinigten Summe dieselbe zurückverlangt, solange also findet gegen ihn exceptio doli, concurrirend mit der exceptione N. N. P. oder mit derselben gleichbedeutend (- - seu doli seu non numeratae pecuniae - -) statt. Sobald hingegen die Zeit einmal völlig verflossen ist, in welcher eine exceptio N. N. P. die Darlehnsklage zu entkräften im Stande war, sobald also nach deren Ablauf und der hiermit eingetretenen völligen Unstatthaftigkeit der genannten Exception die Rücksicht hinwegfällt, ob das Geld wirklich gezahlt und also der Darlehnscontract wirklich geschlossen sey? — dann ist für den Beklagten eine neue Verbindlichkeit eingetreten, die Zahlung dennoch zu leisten, für den Kläger ein neues Recht erworben, dieselbe zu verlangen; dann mag auch dieser selbst eingestehen, vorher nichts erhalten zu haben, der Beklagte wird dennoch — nicht durch den Empfang, sondern durch sein Bekenntniß allein, dazu verbindlich gemacht — angehalten werden müssen, die verlangte Zahlung zu leisten; der Kläger bezieht sich nun nicht mehr auf den Schuldschein, als Beweismittel seiner durch die Numeration begründeten Forderung, sondern geradezu als auf das nächste Fundament derselben, er begeht mithin keinesweges einen dolum, wenn er, ohne ein Darlehn hingegeben zu haben, jetzt die bescheinigte Summe zurückfordert, denn sein Recht auf diese Zurückzahlung beruht ja nicht auf vorheriger Hingabe, sondern lediglich in dem durch Production des Schuldscheins sogleich auffer Zweifel gesetzten Literalcontract, d. h. dem Facto, daß der Schuldschein ausgestellt, und zwey Jahre hindurch in

seinen Händen gelassen worden n.). Eine Vergleichung mit extinctiver Verjährung klärt auch hier alles auf, denn sicher wird es Niemanden einfallen und wenigstens ein solcher Einfall vor Gericht schlechterdings nicht gehört werden, daß nach vollendeter Verjährung ein dadurch befreiter Schuldner noch mit einer actione doli darum belangt werden könnte, weil er nunmehr seine frühere Verbindlichkeit durch den von seinem abgewiesenen Gläubiger geführten Beweis mit Gewißheit in Erfahrung bringt; denn es ist ja eine alte Regel, daß elapso tempore mala fides superveniens dem verjährenden nicht mehr schadet.

§. 21.

n.) Dies alles gilt jedoch, wie sich von selbst versteht, nur von dem Fall, wenn der Beklagte seine exceptionem doli darauf gründen will, daß der Kläger eine Schuld einfordre, die er nicht bezahlt hat. Uebrigens aber leidet es keinen Zweifel, daß wenn der Schuldner dolose zur Ausstellung des Zahlungsscheins inducirt wurde und folglich der obmovirte dolus nicht sowohl in petitione actoris enthalten ist, als vielmehr das fundamentum petitionis angreift (von welchem Unterschied ich im 25ten § weiter reden werde); alsdann einer hierauf gegründeten Exception immer noch statt gegeben werden müsse: *Wernher* in observ. forens. T. I. obs. 355. et suppl. ad obs. 6. *Cocceji* l. c. *Vinnius* in sel quaest. l. c.

§. 21.

b.) Insbesondere von dem hessischen Gerichtsgebrauche.

Auch in Hessen, wo sich keine besondre gesetzliche Vorschrift über den Gebrauch der exceptio N. N. P. und die Zulässigkeit der Literalverbindlichkeit findet, ist man jenem ausgebreiteten Gerichtsgebrauch, dessen ich im vorigen Paragraphen erwähnte, gefolgt. Ausser vielen Präjudicien, die sich darüber bis in die neuesten Zeiten anführen ließen, sind die klarsten Beweise für meine Behauptung in der gedruckten Sammlung von OberAppellationsgerichtsdecisionen enthalten. So findet man unter den Entscheidungsgründen zur 13ten Decision des ersten Bandes folgende Stelle: "Ob zwar viele „doctores der Meinung sind, daß die querela N. N. P. „respective post biennium et triginta dies nicht statt finde, etiamsi quis probare velit, pecuniam numeratam „non esse: so ist doch die contrare Meinung als aequior „und nach denen legibus civilibus verior, quae etiam „iuri canonico convenit, in praxi recepta, quod post „biennium et triginta dies hae exceptiones, *absque privilegio tamen*, opponi possint"; Und das nehmliche noch bestimmter ausgedruckt in der 88ten Decision n. 3. und 6, wo es heißt: "nachdem aber doch die in ratione dubitandi prima et secunda angeführten Umstände, „so sehr sie auch die Richtigkeit der quästionirten „Quittung vermuthend machen, nicht behindern können, daß nicht Appellant — — mit dem in replicis „huius instantiae anerbotenen Beweis deren Unrichtigkeit noch gehört werden müßte; — — — gleichergestalt

„stalt der allegirte l. 14. §. 2. C. de N. N. P. diesem Be„weis nicht obstirt, indem solcher der Billigkeit nach „*secundum usum fori* nur auf diejenige exceptionem N. „N P. restringirt wird, quae singulari privilegio munita „est, ut scilicet non ab excipiente probanda sit, sed „onus probandi in adversarium transferat, wovon da„hier keine Frage ist.“ — Wie ganz und gar diese Bestimmungen der oben ausgeführten streng gesetzlichen Meinung entgegen sind, zeigt vor allem der Zusatz in dieser letzteren Stelle: "sosehr auch die angeführten Umstände die Richtigkeit der quästionirten Quittung vermuthend machen"; denn wenn man ohne Rücksicht auf speciell derogirende Normen aus irgend einem Grunde die Allgemeinheit der Grundsätze des Römischen Rechts einschränken zu dürfen glaubte, so würde dies lediglich in dem Falle, wo die Richtigkeit des producirten Zahlungsscheins ohnehin verdächtig ist, mit einigem Schein von Rechtlichkeit geschehen können; gehen also die Ober Appellationsgerichtsdecisionen, selbst in dem entgegengesetzten Falle, wo nehmlich die Richtigkeit zu vermuthen ist, von jenen Grundsätzen ab, so ist dies der klarste Beweis, daß eine solche Abweichung lediglich als Eigenheit des hessischen Gerichtsgebrauchs angesehen werden müsse.

Dieser Eigenheit stehn jedoch, wie schon erwähnt, nächst dem Beispiel sovieler andern Gerichte, auch die einleuchtendsten Gründe der Billigkeit zur Seite, auf welche daher auch dieselbe in den beiden extrahirten Stellen und insonderheit der letzteren ausdrücklich zurückgeführt wird. Dagegen scheint inzwischen eine andre Stelle im 2ten Bande der Ober Appellationsgerichtsdecisionen

viel-

vielmehr die am Ende des vorigen Paragraphen widerlegte Meinung zu begünstigen, nach welcher nehmlich die exceptio non numeratae pecuniae, weil dieselbe mit der exceptione doli concurrire, schon nach gemeinem Recht für perpetuirlich erklärt wird. Die 248te Decision enthält nehmlich sub n. 19. folgende Bemerkung: "— — „mithin darunter ein dolus verborgen zu seyn scheint, ge„gen welchen noch andre Rechtslehrer elapso etiam bien„nio die Eidesdelation super non facta numeratione non „obstante supra allegata lege (l. 14. C. de N. N. P.) für „platzgreiflich erkennen"; und die dabey geschehene Allegation von Lauterbach an der im vorigen Paragraphen beurtheilten Stelle erweckt in der That die Vermuthung, daß man ebenfalls die von diesem angenommene Meinung habe adoptiren wollen. Indessen reicht schon eine genaue Ansicht des vorher erzählten Facti völlig hin, jenen Schein zu vernichten, indem hieraus erhellet, daß in dem zur Entscheidung vorgelegten Falle mirklich ein solcher dolus begangen war, den ich selbst in der Note n. zum nächstvorstehenden Paragraphen für hinreichend erklärt habe, die Ansprüche des angeblichen Gläubigers, der betrüglicher Weise die Ausstellung des Zahlungsscheines veranlaßt hatte, auch nach dem Ablauf des gesetzlichen Biennii demungeachtet aus dem Grunde niederzuschlagen, weil der begangene Dolus das seine Klage begründende Factum selbst angreift, und solchergestalt die ersten Elemente seines Klagrechts in Hinsicht auf rechtliche Wirkung durchaus annullirt.

§. 22.

§. 22.

Uebergang.

Nachdem ich in den 6 ersten Paragraphen dieses Aufsatzes allgemeine Grundsätze zur Auffindung des oneris probandi aufgestellt, und dadurch die Entscheidung einzelner schwierigen Fälle genugsam vorbereitet hatte, versprach ich deren mehrere anzuführen, und daran die Anwendbarkeit jener Principien augenfälliger zu zeigen; ich machte zu dem Ende mit der Exceptione non numeratae pecuniae, als welche vor allen in dieser Hinsicht Aufmerksamkeit verdient, den Anfang, fand aber dabey so manche Schwierigkeit, so manche bisher unerledigte Streitfrage, daß ich mich dadurch veranlaßt sahe, eine vollständigere Darstellung dieser Lehre einzuschalten, als es eigentlich zu meinem nächsten Zwecke nöthig gewesen wäre. Ist es mir dabey gelungen, einige Aufklärung in diese gewiß in mancher Rücksicht verworrene Materie zu bringen, so befürchte ich keinen Vorwurf wegen dieser begangenen Abschweifung; indessen glaubte ich immer wenigstens etwas zu meiner Entschuldigung sagen zu müssen, um damit zu zeigen, daß es mit Absicht geschahe, wenn ich auf solche Art die Grenzen nicht ganz genau beobachtete, die ich mir selbst vorher durch eine bestimmte Angabe meines Zweckes vorgeschrieben hatte.

Bey den nachfolgenden Beispielen, werde ich mich nun, soviel es die Deutlichkeit erlaubt, kürzer fassen, und gehe darum auch sogleich zu dem ersten derselben über.

§. 23.

II.) Von der exceptione proſtibuli.

Nicht leicht wüßte ich einen Fall, wo ſich die Richtigkeit der oben zur Beſtimmung des oneris probandi im allgemeinen angegebenen Regeln, in der Anwendung ſo deutlich zeigen ließe, als gerade bey dieſer. — Zu ſehr intereſſanten Unterſuchungen bietet dieſelbe zwar auch aus einem andern Geſichtspuncte betrachtet den reichhaltigſten Stoff dar, da es eine eben ſo bekannte, als bisher unbeigelegte Streitfrage iſt: ob dieſe Einrede, inſofern ſie der actioni de partu alendo opponirt wird, peremtoriſch oder nur dilatoriſch, als except. plurium litis conſortium, würke, oder ob ſie nicht ganz und gar unſtatthaft ſey? — Doch gehört die Entſcheidung dieſer Frage eigentlich nicht hieher, und zu meinem Zwecke kommt die exceptio proſtibuli nur dann in Betracht, wenn ſie der actioni ad ſatisfaciendum entgegengeſtellt wird. In dieſer Lage nehmlich ſcheint es mir zweifelhaft, wer alsdann den Beweis zu übernehmen habe. Als bekannt und von einem jeden zugegeben kann ich das wohl vorausſetzen, daß dieſe Klage lediglich durch ein begangenes Stuprum, keinesweges aber durch eine Fornication begründet wird. Nur auf jenes, nicht auf dieſe paßt der geſetzliche Grund, worauf allein das Recht derjenigen, die ſich jener Klage bedienen will, beruhet. Ein Stuprum alſo iſt das eigentliche Factum, von dem der Erwerb des durch die actionem ad ſatisfaciendum zu verfolgenden Rechts abhängt, und die Exiſtenz dieſes Facti muß daher im Leugnungsfalle ohne Zweifel die Klägerin beweiſen. — Soll alſo hier überhaupt

von

von einem Beweise die Rede seyn, den der Beklagte zu führen hätte, so setzt dies nothwendig voraus, daß er den Erwerb des von der Klägerin behaupteten Rechts, mithin das von ihr vorgegebene Stuprum eingestanden, und dennoch seine daraus entstehende Verbindlichkeit geleugnet habe; und da fragt es sich also zunächst, ob dann dieser Fall eintrete, wann der Beklagte die exceptionem prostibuli gegen jene Klage vorschützt? — Um diese Frage richtig zu beantworten scheint mir folgende Distinction nothwendig: Entweder geht der Vortrag des Beklagten dahin, daß er zwar gestehe, mit der Klägerin zu thun gehabt zu haben, daß sie aber nachher sich auch mit andern eingelassen habe; hier giebt er offenbar zu, daß die Handlung geschehen sey, woraus die Klägerin ihr Klagrecht herleitet, er räumt ihr ein, daß sie dies Recht einmal erworben habe, der angehängte Zusatz enthält auch nichts, was diesem entgegen wäre, sondern dieser behauptet nur eine Thatsache, welche den Verlust des bereits als erworben zugestandnen Rechts zur Folge gehabt haben soll; hier ist wahre affirmative litis Contestation mit Beifügung einer Einrede, hier also hat die Klägerin nichts zu beweisen, denn das ihre Intention begründende Factum, Erwerb des behaupteten Rechts, wird ja nicht mehr bezweifelt, und die dessen Wiedererlöschung affirmirende Einrede enthält eine neue Thatsache, deren Existenz darzuthun, im Leugnungsfalle dem Beklagter obliegt. — So weit ist die Sache klar, auch wird nach diesen Grundsätzen in jedem Gerichte noch täglich gesprochen; ganz anders aber müßte, welcher Unterschied jedoch nicht beobachtet zu werden pflegt, meiner Meinung nach alsdann entschieden werden, wenn

der

der Beklagte die Concurrenz der Mehreren von einer Zeit behauptet, wo er selbst mit der Klägerin in unerlaubtem Umgang noch nicht gestanden. Eine solche Behauptung schafft das vorgebliche Stuprum in eine Fornication um, leugnet folglich in effectu gerade dasjenige Factum, worauf das ganze Klagrecht lediglich beruht, und stellt mithin ebendadurch selbst den jemaligen Erwerb dieses Rechts gänzlich in Abrede. Hier ist sein Vortrag, wenn gleich in der Form eines qualificirten Bekenntnisses vorgebracht, dennoch nichts anders, als negative litis Contestation, und nach dieser ist es nunmehr Schuldigkeit der Klägerin, das von ihr behauptete Factum, als ein solches zu rechtfertigen, wodurch ihr ein Klagrecht erworben werden konnte, mithin als wirkliches Stuprum darzustellen. Davon also muß sie den Beweis führen, und der Beklagte ist davon gänzlich frey, solange dies noch nicht geschehen ist. — Und hier, wo demnach von einer durchgehends für eine Einrede passirenden Assertion bey einiger Verschiedenheit des Facti bald der einen und bald der andern Partey der Beweis aufzugeben ist, zeigt es sich deutlich, wie wenig der Grundsatz, daß Einreden vom excipiente zu beweisen seyen, ungeprüft angenommen, Stich halte, und wie so ganz dagegen aller Zweifel verschwindet, wenn man bey Beurtheilung des oneris probandi sich geradezu an den Erwerb oder Verlust des behaupteten Rechts und daran halten will, welches von diesen beiden zugestanden oder abgeleugnet werde, und nur die Beantwortung dieser Fragen zur einzigen Entscheidungsnorm annimmt.

§. 24.

§. 24.

III.) Von der exceptione nondum impleti contractus.

Etwas schwieriger, als bisher, dürfte es bey dieser Einrede werden, die Anwendbarkeit der von mir angegebenen Regeln auch hier durchzusetzen, wenn ich auch diese Einrede nicht als Ausnahme gelten lassen will. Ein ganz unbezweifelter Rechtssatz ist es nehmlich, daß durchgehends die blose Perfection eines Contracts ein Recht begründe, auf dessen Erfüllung zu klagen; hieraus würde aber nach dem obigen nothwendig folgen, daß wenn bey Anstellung einer solchen Klage der Beklagte diese Perfection zugäbe, er eben dadurch den Erwerb des Klagrechts einräume und daher, wenn er dies demungeachtet aus einem besonderen Grunde nicht gegen sich gelten lassen will, das Daseyn dieses Grundes, als eines solchen, der jenes als einmal erworben zugestandene Klagrecht wieder entkräfte, durch rechtlichen Beweis darzuthun gehalten sey. Bey weitem in den meisten Fällen finden diese Grundsätze auch ohne Bedenken ihre Anwendung, bey einigen Contracten hingegen gestatten die Gesetze dem, welcher aus demselben belangt wird, selbst dann, wann er durch Einräumung der wirklich erfolgten Perfection des Contracts den Erwerb des Klagrechts zugegeben, sich dennoch durch den Gebrauch der exceptio nondum impleti contractus der Wirkung hievon solange zu entziehen, bis der Kläger auch davon den Beweis geführt haben wird, daß der Contract von seiner Seite auch schon consumirt sey. — Hier also offenbar eine Einrede, wovon den Beweis nicht der excipiens, sondern

dern vielmehr der Kläger sogleich den Gegenbeweis zu übernehmen verbunden ist; offenbar also eine Ausnahme der gewöhnlichen Beweisbestimmungsregel, und scheinbar wenigstens auch von der meinigen; doch dies nicht bey näherer Untersuchung. — Eine Eigenheit zeigt bey dieser Einrede sich immer schon darin, daß sie, so gerade zu, überhaupt nicht unter die von mir gegebene Regel paßt, indem der excipiens de nondum adimpleto contractu, weder den Erwerb des Klagrechts leugnet, noch dessen Wiederverlust behauptet, also hiernach weder vom Kläger einen Beweis des ersteren zu verlangen berechtigt, noch auch selbst den Beweis des letzteren zu führen verbunden ist. Inzwischen hebt sich diese Bedenklichkeit meines Erachtens durch eine leichte Modification jener Regel, ohne deshalb eine Ausnahme statuiren zu dürfen. Der Satz steht einmal fest, daß ein jeder perfecter Contract ein Klagrecht begründe, und also dessen Erwerb in sich enthalte, denn man kann einen Contract nur dann erst perfect nennen, wenn auf dessen Erfüllung ein Klagrecht competirt. Nun giebt es aber gewisse Contracte, wo der blose Consens zur Perfection hinreicht, und also jeden Contrahenten berechtigt, ohne weitere Sicherstellung das versprochene Implement zu verlangen. In einem solchen Falle, und namentlich bey den eine gegenseitige Leistung bezweckenden Consensualcontracten, entsteht inzwischen offenbar eine sehr gegründete Besorgniß für den zuerst erfüllenden, daß nun, wenn er das seinige hingegeben, ihm vielleicht die Gegenleistung vorenthalten, wenigstens erschwert werden könnte. Dieser Unsicherheit abzuhelfen und zugleich dem Falle vorzubeugen, daß wohl gar von beiden Seiten Erfüllungs-

klagen angestellt und so nur die Processe vervielfältigt würden, haben die Gesetze bey den am häufigsten vorkommenden Consensualcontracten, dem Kauf- und Miethscontract, die Vorsicht getroffen, die Ausübung des durch die Perfection dieser Contracte wirklich erworbenen Rechts auf die vom Kläger zuvor zu bewürkende Consummation derselben einzuschränken, und ehe diese geschehen ist, dem Beklagten gestattet, durch Vorschützung der exceptio nondum impleti contractus die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit annoch von sich zu weisen. — Hierauf aber glaube ich nicht ohne Grund die Folgerung bauen zu können, daß die exceptio non dum impleti contractus nichts anders, als — eine dilatorische Einrede sey. Ist aber dies, so wird es nach dem, was ich oben (§. 5.) von dieser Gattung der Einreden gesagt habe, wohl niemanden mehr befremden, wenn der excipiens des Beweises derselben vermöge gesetzlicher Disposition überhoben wird, da er durch dieselbe die Zuständigkeit des Klagrechts, insofern es jetzt schon ausgeübt werden soll, gänzlich leugnet, und so der Fall eintrit, den ich oben, mit negativer litis Contestation vergleichend, nach denen von dieser geltenden Grundsätzen in Ansehung des Beweis Oneris entschieden habe. So wie nehmlich nach dem Gebrauch der exceptio deficientis legitimationis ad causam es Sache des Klägers ist, zu zeigen, daß er gerade die Erfüllung der in abstracto nicht geleugneten Verbindlichkeit zu verlangen berechtigt sey, ebenso muß er hier darthun, daß er alles gethan habe, was die Gesetze von ihm fordern, ehe sie den Beklagten zur Erfüllung der ihm ohne Widerrede incumbirenden Verbindlichkeit schuldig erklären.

§. 25.

§. 25.

IV.) Von der exceptione doli.

Vor allen Dingen muß ich hier die grose Verschiedenheit bemerklich machen, welche sich im Gebrauch dieser Einrede zu Tage legt, und wodurch in rechtlicher Hinsicht eine auffallende Aehnlichkeit derselben mit der exceptione prostibuli erzeugt wird. So wie nemlich diese bald als negative litis Contestation, bald als wahre Einrede erscheint, ebenso glaube ich, daß die exceptio doli nicht stets und in allen Fällen den Nahmen einer Einrede behaupten könne; ja daß sie weit häufiger sogar als negative litis Contestation anzusehen sey. Bekanntlich hat der bey Eingehung eines Contracts begangene dolus, zumal nach dem neueren Römischen Recht stets, die Würkung, daß der ganze Contract dadurch, weil es nun an einem wesentlichen Erforderniß desselben, der freyen Einwilligung, fehlt, durchaus null und nichtig werde. Immer also, wenn der Klage auf Erfüllung eines Contracts aus diesem Grunde eine exceptio doli opponirt wird, ist diese Einrede, wenn man sie unter einen generellen Nahmen bringen will, nichts anders, als eine exceptio nullitatis, diese aber in der That nur negative litis Contestation, denn das einzige den Erwerb des Klagrechts begründende Factum ist bey einer jeden Contractsklage lediglich der eingegangene Contract; wird also ein wesentliches Erforderniß von diesem, und dadurch zugleich dessen jemalige Gültigkeit geleugnet, so wird eben in dieser Behauptung vom Beklagten wirklich in Abrede gestellt, daß aus dem Contract ein Recht jemals erworben worden, mithin lis negative contestirt.

Dahingegen giebt es viele andre Fälle, wo man sich ebenfalls einer exceptio doli zu bedienen befugt ist, ohne daß sie jedoch gerade die Wirkung einer exceptio nullitatis haben soll und kann. Es bleibt dabey unbezweifelt, daß der Kläger das befragte Recht einmal erworben habe, und der Beklagte behauptet nur, daß die Begehung eines doli die Ausübung jenes Rechts hindere; wobey jedoch wieder zwey Fälle zu unterscheiden sind: entweder nehmlich es gestehet der Beklagte, mit dem Kläger ein Geschäfft eingegangen zu haben, wodurch das Klagrecht begründet worden sey o.), bittet aber, ihn wegen eines doli, der bey dessen Eingehung vorgefallen, von der Verbindlichkeit dieses Geschäffts loszusagen, ihm dagegen eine Restitution in integrum angedeihen zu lassen. Oder aber er läßt die Begründung der gegen ihn zu verfolgenden Verbindlichkeit ganz in ihrem Werthe, kann gegen deren Rechtsbestand nichts erinnern, führt aber gewisse nachher erfolgte Umstände an, wodurch der Kläger gegen den Beklagten in ein solches rechtliches Verhältniß gesetzt worden sey, daß wenn er auf der Erfüllung der vormaligen Verbindlichkeit, deren an sich rechtsgültige Existenz der Beklagte nicht leugnen kann, gegenwärtig noch bestehen wollte, er hierin contra bonam fidem handeln, und sich so einer dolosen Handlung schuldig machen würde p.). —

Die-

---

o.) Daß dies Geschäfft ein solches seyn müsse, wobey die Gesetze mit dem dabey begangenen dolus nicht völlige Nullität verknüpfen, versteht sich von selbst, da ohne diese Voraussetzung der Fall unter das erste Glied jener Hauptdistinction gehören werde.

p.) Als das überzeugendste Beispiel glaube ich hier den in

Diese beiden Fälle, darin verschieden, daß es bey dem einen ein dolus fundamentum petitionis concernens, bey dem andern hingegen ein dolus in petitione ipsa commissus ist, dessen Allegation den Beklagten von der gegen ihn erhobenen Klage befreien soll, kommen beide darin überein, daß einer, wie der andere, den Erwerb des Klagrechts zugesteht, aber dessen gegenwärtige Ungültigkeit behauptet, wodurch sie denn beide in der That zu wahren Einreden q.) qualificirt werden.

Um nun hiernach die Beweisführung zu bestimmen, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß in dem letzteren Hauptfalle mit der so eben beigebrachten Distinction, stets der Beklagte verbunden sey, denselben zu übernehmen, da er den Erwerb des Klagrechts zugiebt, und aus besonderen Gründen sich dessen Ausübung zu unterziehen, dennoch verweigert. — Eben darum aber scheint in dem ersteren Falle eine gegentheilige Entscheidung Platz greifen zu müssen, da nach dem hierbey vorausgesetzten Facto der Beklagte durch die exceptionem doli sogar in Abrede stellt, daß der Kläger aus dem befragten Geschäfft jemals einiges Recht erworben habe, indem er dies als seit seiner Eingehung durchaus null und nich-

---

der letzten dieser Abhandlungen §. 5. näher ausgeführten Fall, wo der Verjährung eine auf malam fidem gegründete replica doli opponirt wird, anführen zu können.

q.) Daß die eine zu den sogenannten exceptionibus iuris, die andre zu den exceptionibus facti gehöre, sieht jeder leicht; inzwischen zeigt diese Verschiedenheit hier keine besondre Wirkung.

nichtig darstellt. Und sonach würde ohne Bedenken dem Kläger der Beweis aufzugeben seyn, wie dies in andern übrigens gleichen Fällen, die Gesetze selbst bestätigen: l. 13. § f. D. de public. act., wenn nicht gerade hier eine dem Kläger zur Seite stehende rechtliche Vermuthung, die praesumtio bonitatis nehmlich, eine Abändrung nothwendig machte. Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium, ist eine bekannte Rechtsregel, die auf natürliche Billigkeit gegründet, und von positiven Gesetzen in unzähligen Beispielen anerkannt, jedem eines begangenen doli beschuldigten das Recht giebt, vom andern einen strengen Beweis dieser Beschuldigung zu verlangen. Dieser Beweisführung muß sich daher auch der Beklagte unterwerfen, der in dolo actoris einen Grund zu finden glaubt, von der Klage entbunden zu werden; selbst dann unterwerfen, wenn er diesen dolum und die dadurch bewirkte Unverbindlichkeit des Klagfacti ad effectum litis contestationis negativae allegirte. — Demnach läßt sich also der Satz im allgemeinen als richtig aufstellen, daß die exceptio doli, in welcher Gestalt sie auch vorkomme, stets und in allen Fällen von demjenigen bewiesen werden müsse, der sich ihrer bedienen will.

§. 26.

V.) Von der actione negatoria.

a.) Einleitung.

Alle bisher vorgetragenen Fälle, wodurch ich die Anwendbarkeit der obigen Grundsätze zu zeigen bemüht war, hatten sämmtlich das mit einander gemein, daß eine Einrede der Gegenstand war, dessen ich mich bey

Be-

Bestimmung des Beweis Oneris bediente. Noch ist aber eine Klage übrig, die beinahe allgemein als Ausnahme von der gewöhnlichen Regel angeführt zu werden pflegt, und wobey dies in der That mit vollem Recht zu geschehen scheint, wenn die Gesetze selbst, die ausserdem ganz allgemein den Kläger zum Beweis seiner Klage verbindlich erklären, hier eine Abweichung verordnen. Es ist dies die actio negatoria. Doch auch hier halte ich es bey genauerer Untersuchung des dabey zum Grunde liegenden Klagfacti für unnöthig, eine besondre Ausnahme zu statuiren, sondern glaube vielmehr, die dahin einschlagende gesetzliche Disposition mit allgemeinen Regeln bestens vereinigen zu können.

§. 27.

b.) Bestimmung des Fundaments, worauf die negatorische Klage beruht:

α.) durch Widerlegung der bisher fälschlich angenommenen Gründe.

Daß das ius servitutis es nicht sey, worauf sich die actio negatoria gründet, darüber ist man bereits ziemlich einverstanden, doch kann man sich nicht entschließen, was doch so sichtbar hieraus folgen würde, ihr auch überhaupt die Qualität einer dinglichen Klage abzusprechen. Man recurrirt da lieber auf ein Recht der natürlichen Freiheit, will dies bey Anstellung der negatorischen Klage zum Grunde legen, und auf dessen Zusprechung die Intention des Klägers hinleiten, um wenigstens jener Klage das äussere Gewand einer dinglichen

lichen nicht zu entziehen. — Wenn ich aber diese geträumte natürliche Freiheit mit der derselben hier beigelegten Wirksamkeit geradezu ein Unding nenne, so wird dies zwar auffallend, aber gewiß bey genauerer Prüfung nicht zuviel gesagt scheinen. — Natürliche Freiheit steht (dies zu leugnen wäre Unsinn) ohne Zweifel einem jeden Menschen zu, ja sie ist es, worauf die ersten Gründe des Naturrechts beruhen; allein eben als natürlicher Freiheit kann man ihr dann offenbar auch keine andere Wirkungen beilegen, als die das Naturrecht selbst damit verbindet, durchaus aber solche nicht, die blos in positivem Recht ihren Grund haben können. — Aufrechthaltung dieser natürlichen Freiheit, Verbannung jeder willkührlichen Verletzung derselben, und Zusicherung richterlicher Hülfe, wenn demungeachtet eine solche Verletzung drohet oder schon begangen wurde — darauf muß freilich auch des positiven Gesetzgebers Sorge am ersten gerichtet seyn; allein eben daher bedarf es doch erst solcher positiven Vorschriften, um bey dergleichen von Andern erlitnen Verletzungen oder Einschränkungen der natürlichen Freiheit gegen diese auch klagbar auftreten zu können.

Solcher gesetzlichen Sanctionen giebt es nun zwar wirklich in unserem positiven Recht genug, Fälle genug, wo demjenigen ein Klagrecht zugestanden wird, dessen natürliche Freiheit von einem andern widerrechtlich beschränkt wurde. Nirgends aber wird man finden, daß von dergleichen Klagen natürliche Freiheit als das Fundament angegeben würde; dies würde auch offenbar unrichtig seyn, — das Gesetz, worin ein solches Klagrecht verstattet wird, ist zunächst und in der That allein das eigent-

gentliche Fundament der Klage. So ist, um ein auffallendes Beispiel zu wählen, derjenige, welcher von einem andern mit Gewalt verhindert wird, an einen gewissen Ort hinzugehen, oder ein gewisses Geschäfft vorzunehmen, wie dies seine Absicht war, ohne Zweifel berechtigt, gegen denselben wegen dieser Beschränkung seiner natürlichen Freiheit Klage zu erheben, allein wird man deshalb sagen können, das Fundament dieser Klage sey die natürliche Freiheit, sein Klagrecht fließe aus der Befugniß, an Ausübung seiner natürlichen Freiheit nicht gestört zu werden? — Keinesweges; sondern das Gesetz, welches dergleichen Gewaltthätigkeiten verbietet und dem verletzten die rechtliche Persecution des dadurch erlitnen Unrechts zugesteht, dies ist es allein, was die Klage begründet. Ebensowenig als in diesem Falle, und wie mir es scheint, in der That noch weniger, weil doch hier wenigstens immer noch die freie Ausübung persönlicher Handlungen beschränkt wurde, läßt sich die natürliche Freiheit als Klagfundament bey der negatorischen Klage annehmen. — Nur dann, wenn man unter jener natürlichen Freiheit, welche die negatorische Klage begründen soll, Freiheit des Eigenthums versteht, läßt sich die angeführte Behauptung noch allenfalls eher hören, und diesen Ausdruck scheinen die Gesetze gewissermaßen selbst anzuerkennen: l. 4. §. 7. D. si serv. vind.; allein dann ist doch immer der Zusatz: natürliche Freiheit gänzlich unpassend, indem derselbe nur gar zu leicht auf den Gedanken an persönliche Freiheit r.) führt, der jedoch hier gänzlich zu verban-

r.) An diese denken wirklich die meisten Schriftsteller, unter andern auch *Hofacker* in princ. iur. civ. T. II. §. 1143. n. b.

bannen ist, da bey dieser Klage die Person des Klägers auch im entferntesten nicht in Betracht kommt, er blos zu klagen berechtigt ist, weil und in sofern die als frey behauptete Sache sich in seinem Eigenthume befindet, und dieser selbst vielmehr die zu verfolgende Rechtsbefugniß dergestalt anklebt, daß dieselbe mit der Sache auch auf jeden dritten ohne Unterschied übertragen wird.

§. 28.

ß.) Durch Vergleichung mit den Theilungsklagen.

Die eigentliche Beschaffenheit der negatorischen Klagen scheint mir nicht besser, als durch deren Vergleichung mit gewissen andern, die in mancher Rücksicht mit derselben übereinkommen, aufgeklärt werden zu können. Hierüber bemerke ich daher im allgemeinen folgendes: Wenn jemanden an einem gewissen Gegenstande ein Eigenthumsrecht (dominium singulare aut universale) competirt, so kann derselbe ohne Zweifel, wenn ihm dieses abgeleugnet wird, rei vindicatione oder hereditatis petitione dahin klagen, daß ihm das behauptete Eigenthum zugesprochen werde. Nicht ungewöhnlich ist nun aber auch der Fall, daß dem Besitzer sein an der Sache habendes Eigenthum ohne Widerspruch zugestanden, dagegen aber ihm gewisse einzelne Wirkungen und Rechte, die er als Ausflüsse seines anerkannten Eigenthums prätendiren zu können, sich befugt glaubt, in Zweifel gezogen oder gar völlig abgesprochen werden. Wollte man in einem solchen Falle sich einer dinglichen, als der Eigenthums- oder Erbschaftsklage bedienen, so würde man sich dadurch, falls der Beklagte

mit

mit der Behauptung, daß es ihm nie in den Sinn gekommen, des Klägers Eigenthum in Abrede zu stellen, die Klage von sich wiese, wohl gar dem Kostenersatz blos stellen, und dennoch seine Absicht ganz und gar verfehlen. — Da giebt es nun gewisse, Eigenthum zwar als wesentliche Bedingung voraussetzende, an sich aber persönliche Klagen, die hauptsächlich dahin gehen, dem Eigenthümer auch den vollständigen und unbeschränkten Gebrauch seines nicht mehr streitigen Eigenthums zu verschaffen. Dahin rechne ich vorzüglich zwey Gattungen von Klagen: die Theilungsklagen und die negatorischen; ich sage die negatorischen, und die große Mannigfaltigkeit in Anwendung derselben, dürfte leicht diese Benennung rechtfertigen, wodurch ich dieselben zu einer ganzen Gattung von Klagen erhebe.

Beide Gattungen nun haben das mit einander gemein, daß dabei ein Realrecht als nothwendige Bedingung vorausgesetzt wird, ohne daß jedoch dessen Erwerb das eigentliche Klagfactum, dessen Zuständigkeit die eigentliche Intention des Klägers ausmachte. Nur Folgerungen aus diesem als notorisch competirenden Rechte sind das wahre Object der Klage, und nur deren Ausübung ist es, was der Kläger durch seine Klage zu erlangen strebt. Wird ihm das supponirte Realrecht selbst abgesprochen, so ist dies eine exceptio deficientis legitimationis ad causam, wodurch selbst die Möglichkeit des behaupteten Klagrechts in subjectiver Hinsicht geleugnet, und mithin dasselbe gänzlich niedergeschlagen wird. Der Beweis jenes Grundrechts, wenn ich so sagen darf, muß nun erst vollständig geführt werden, ehe es zu wirklichen

Ver-

Verhandlungen über die Klage selbst und über die Zuständigkeit des dadurch zu verfolgenden Rechts kommen kann; so wie aber der Beklagte sich auf dieses einläßt, so erklärt er, — das ist eine nothwendige Folgerung aus dem bisher gesagten —, eben dadurch, daß er das zur Grundlage dienende Realrecht nicht mehr bezweifle. —

Dies im allgemeinen vorausgesetzt, so ist es nun insonderheit bey den Theilungsklagen die Intention des Klägers, zur alleinigen und separaten Ausübung des ihm unbezweifelt zustehenden Eigenthums zu gelangen und zu dem Ende eine Theilung der bisher in Gemeinschaft mit andern gehabten Gegenstände zu veranlassen; so die Intention dessen, der actione negatoria auftrit: die vollständige und ungestörte Ausübung des anerkanntermaßen ihm competirenden Eigenthums zu erhalten und zu dem Ende ein Verbot der von andern bisher geschehenen Störungen auszuwürken. — Und so zeigt es sich deutlich, daß diese beiden Gattungen von Klagen mit vollem Recht einander gleichgestellt und unter eine Classe gebracht werden können. Demungeachtet würde ich, da viele selbst die Theilungsklagen für dinglich erklären, durch diese bloße Gleichstellung nicht gar viel gewonnen haben; wenn es sich nicht zugleich von beiden offenbar beweisen liesse, daß es ihnen an den wesentlichsten Eigenschaften dinglicher Klagen gänzlich mangelt, indem, wie dies doch bey solchen nothwendig erfordert wird, weder das Klagfactum den Erwerb eines dinglichen Rechts, noch der Klaggrund die Beziehung auf ein solches in sich faßt, noch auch endlich das petitum auf dessen Zusprechung hinzielt. — Freie Ausübung des zustehenden Eigenthums und deren Beschränkung von Sei-

ten des Beklagten macht vielmehr das eigentliche Klagfactum, ein Berufen auf die Verbindlichkeit des Beklagten, solche Störungen nicht vorzunehmen das fundamentum agendi, und endlich die Bitte, dem Beklagten dergleichen unrechtmäßige Turbationen zu untersagen das petitum der negatorischen aus.

§. 29.

c.) Angabe des Verhältnisses derselben zu obigem allgemeinen Beweisgrundsatze:

a.) überhaupt:

Nach Vorausschickung der in den vorigen §§ enthaltnen Bemerkungen wird es sich nunmehr leicht aufklären lassen, was es mit der bey der negatorischen Klage in Ansehung der Beweisführung angeblich vorkommenden Irregularität eigentlich für eine Bewandniß habe.

Zuständigkeit eines Rechts und die Befugniß dasselbe auszuüben, gehen in dem rechtlichen Verhältnisse von Ursache und Wirkung stets mit einander verbunden. Ist es daher nur einmal ausgemacht, daß ein Recht jemanden zustehe, so folgt schon hieraus und ohne daß es dazu eines weiteren Beweises bedürfte, daß nun derselbe befugt sey, dies Recht auch auszuüben. Und so gilt gleichergestalt ein Schluß von der Wirkung auf die Ursache dahin, daß wenn sich jemand in der Ausübung eines gewissen Rechts befindet, darum auch dieses Recht selbst ihm zuständig und auf rechtliche Weise erworben gehal-

gehalten werden müsse. — Doch ist dies Verhältniß von Ursache und Wirkung stets nur ein rechtliches Verhältniß, und es paßt daher auch das demselben sonst zukommende Merkmal der Nothwendigkeit nur in so fern, als man unter dieser nicht eine unabänderliche (phisische), sondern eine blos rechtliche Nothwendigkeit versteht, d. h eine solche, vermöge deren zwar, sobald die eine dieser beiden Thatsachen gesetzt wird, durch einen Schluß nach gewöhnlichen Rechtsprincipien hieraus auch das Daseyn der andern folgen wird, ohne daß jedoch beide so wesentlich mit einander verbunden wären, daß nicht auf rechtlichem Wege eine Abweichung von dieser gewöhnlichen Lage der Sache begründet werden könnte. Es gehet mithin gar wohl an, daß durch ein nach gesetzlicher Vorschrift unternommenes Geschäfft die Ausübung eines Rechts von dessen substantieller Zuständigkeit getrennt werde, und es würde alsdann nach einem solchen Vorgange eine Folgerung von der Zuständigkeit des Rechts auf die Befugniß zu dessen Ausübung nicht mehr zu statuiren seyn. Diese Trennung ist jedoch ein neues Factum, vor dessen speciellem Beweise man immer annehmen muß, daß dasselbe nicht vorgegangen sey. Wer also einmal die Zuständigkeit eines Rechts erwiesen hat, kann vermöge dieser und als einen natürlichen Ausfluß derselben, auch mit bestem Fug die Ausübung desselben verlangen; mit dem bewiesenen oder zugestandenen Erwerb des Rechts selbst, wird auch die Ausübung desselben als erworben angenommen, und behauptet ein andrer die Unwirksamkeit jenes Rechts, den Verlust der Ausübungsbefugniß, so liegt es diesem nach den obigen Grundsätzen ob, von der Existenz eines veranlassenden Facti den vollständigsten Beweis zu erbringen.

Aus der Anwendung dieser allgemein hingeworfenen Beweisregeln auf die actionem negatoriam ergiebt sich nun ganz klar der Grund, wegen dessen der Kläger vom Beweis seines Klagfacti frey ist: Sein Klagfactum ist nehmlich — unter Voraussetzung der Zuständigkeit des Eigenthums — Störung in der freien unbeschränkten Ausübung dieses Rechts. Die Zuständigkeit des Eigenthums muß anerkannt seyn, widrigenfalls er sich durch dessen Beweis ad causam zu legitimiren verbunden ist; das eigentliche Klagfactum aber, freie Ausübung dieses Eigenthums, folgt alsdann hieraus von selbst nnd bedarf keines Beweises. Es kann mithin der Beklagte die freie Ausübung des zugestandnen Eigenthums gar nicht ableugnen, ohne ein neues Factum anzuführen, wodurch jene mit diesem in der Regel cohärirende Befugniß davon getrennt worden sey; eine rein negative litis Contestation ist folglich der entgegenstehenden Vermuthung wegen völlig unstatthaft und vielmehr jede auf den Erwerb einer Servitut gegründete Einschränkung der aus dem zugestandnen Eigenthum fliessenden Befugniß freier Ausübung desselben, stets als wahre Einrede zu betrachten, deren Beweis dann ohne Zweifel dem Beklagten lediglich obliegt.

§. 30.

β.) Insbesondre: im Fall der Beklagte sich im Besitz befindet.

1.) Entscheidung dieses Falles.

So ausgemacht es aber auch nach dem vorigen § ist, daß die bey der negatorischen Klage dem Beklagten ob-

lie-

liegende Beweisführung als eine richtige Folgerung allgemeiner Principien zu betrachten, und schlechterdings nicht zu bezweifeln stehe; so ungewiß wird doch diese Verbindlichkeit in dem Falle, wenn der Beklagte sich bereits im Besitz der Servitut befindet? — Von vielen wird auch alsdann derselbe für schuldig erkannt, den Beweis demungeachtet zu übernehmen, doch halte ich die gegentheilige Meinung für die richtigere. Ueberhaupt scheint mir die Vorstellungsart, welche von den Vertheidigern der beiderseitigen Meinung gewöhnlich zum Grunde gelegt wird, daß nehmlich in dem vorliegenden Falle eine Collision von rechtlichen Präsumtionen eintrete, und mithin nur diejenige, welche die stärkere sey, der andern vorgehen und ihre vom Beweis befreiende Wirkung äussern könne, hier gar nicht anwendbar, da sie einestheils wieder auf Ungewißheit führt, indem die nächste Frage wieder die seyn wird: warum die eine Vermuthung stärker, als die andre sey? und hierüber es doch an bestimmten gesetzlichen Vorschriften mangelt; anderntheils aber überhaupt die angenommene Präsumtion für natürliche Freiheit, insofern deren in den von *Hofacker* und *Leyser* angeführten Gesetzen, namentlich in der l. 14. D. de probationibus l. 20. C. eod. l. 7. §. 5. D. de liberali causa erwähnt wird, hier völlig unpassend erscheint, da diese Stellen lediglich von der Freiheit der Personen und der dieser entgegengesetzten Sclaverey reden und mithin zur rechtlichen Entscheidung unseres Falles durchaus keine Norm abgeben können.

Ohne mich jedoch weiter auf das Gegründet- oder Nichtgegründetseyn dieser Vermuthungen einzulassen, nehme ich vielmehr die Entscheidung jener Streitfrage aus

dem,

dem, was ich oben über den Zusammenhang, worin die Ausübung eines Rechts mit dessen Zuständigkeit steht, gesagt habe, und hiernach wird gerade der Grund, welcher den Kläger vom Beweise seiner gegen den nicht besitzenden Beklagten angestellten negatorischen Klage befreit, die Ursache seyn, um derentwillen er diesen Beweis, falls der Beklagte im Besitze sich bereits befindet, zu übernehmen gehalten ist. Des Klägers Behauptung geht auf freie Ausübung des ihm competirenden Eigenthums, diese besonders zu erweisen, ist er nicht verbunden, weil von der anerkannten Zuständigkeit eines Rechts auf die Befugniß zu dessen freier Ausübung geschlossen und dieselbe so lange angenommen wird, bis eine besondre Einschränkung derselben vom Beklagten dargethan werden kann. Soweit bisher: Nun aber trit der Fall ein, daß der Beklagte sich bereits im Besitz einer solchen Einschränkung befindet; und da wird nun wieder jene Voraussetzung durch einen gegentheiligen Schluß von diesem Besitz oder mit andern Worten von dieser Ausübung des iuris coercendi auf die Zuständigkeit desselben entkräftet, und nunmehr diese solange als wirklich erworben betrachtet, bis der Kläger den Ungrund dieser ihm nachtheiligen Vermuthung zu zeigen und dieselbe durch förmlichen Gegenbeweis zu elidiren im Stande ist. Auf diese Art ist dann der dem Kläger wider den besitzenden Beklagten obliegende Beweis genau genommen nichts anders, als ein Gegenbeweis zu Entkräftung der vom Beklagten in der Behauptung einer ihm zustehenden Servitut vorgebrachten Einrede, deren Beweis derselbe bey unbestrittnem Besitzstande nicht zu übernehmen brauchte. Die Lage des Processes ist daher nun, wenn man die einzelnen Handlungen, die

freilich nicht so bestimmt ausgedrückt werden, vollständig entwickeln und voneinander separiren will, die: der Kläger klagt auf freie Ausübung seines Eigenthums, der Beklagte contestirt litem affirmative iuncta exceptione servitutis sibi adquisitae. Diese Einrede wird vom Kläger geleugnet, der Beklagte müste sie beweisen, er zeigt den bisherigen Besitzstand, und erhält daher eine Vermuthung des rechtmäsigen Erwerbs der besessenen Servitut für sich; jetzt also muß der Kläger durch Gegenbeweis darthun, daß demungeachtet diesmal vom Besitz oder der Ausübung auf die wirkliche Zuständigkeit der excipiendo behaupteten Servitut nicht geschlossen werden könne.

§. 31.

2.) Widerlegung der gegentheiligen Meinung.

Daher bleibt mir nichts mehr übrig, als einige Gegengründe zu widerlegen, woraus man darthun zu können glaubt, daß der Kläger auch von dem besitzenden Beklagten den Beweis einer constituirten Servitut zu erwarten berechtigt sey. Der vorzüglichste darunter ist der, daß die dem Kläger zu statten kommende Vermuthung für die natürliche Freiheit stärker sey, als die, welche für einen Besitzer streitet, und daß doch ohne Zweifel die schwächere Präsumtion der stärkeren weichen müsse. — Hierauf antworte ich: Wie wenig passend hier eine Präsumtion für natürliche Freiheit, zumal wenn man Freiheit der Personen, wofür sie doch von den Gegnern genommen wird, darunter versteht, sey, habe ich schon oben gezeigt. Diese persönliche Freiheit könnte mit noch so grossen Prärogativen versehen seyn,

ohne

ohne daß dies einen Grund abgäbe, eben solche Vorrechte auch der Freiheit des Eigenthums zuzugestehen, und es würde daher, wenn sogar die Gesetze in der That jener Präsumtion einen Vorzug vor der aus dem Besitz entstehenden gäben, ein analoger Schluß davon auf die Freiheit des Eigenthums ganz am unrechten Orte stehen. Wie viel weniger aber läßt sich von dieser ein solcher Vorzug behaupten, wenn die Gesetze selbst den Beweis der persönlichen Freiheit demjenigen auflegen, gegen welchen ein anderer sich im Besitzstande der Sclaverey, ja selbst nur der Libertinität befindet, wie die l. 14. D. de probationibus s). l. 20. C. eod. l. 7. §. 5. in f. D. de lib. caus. l. 4. in f C. si servus export. ganz klar festsetzen. — Dies sah auch *Leyser* (sp. 109. med. 5.), der sonst ebenfalls die gegentheilige Meinung vertheidigt, wohl ein, und verwarf daher mit Grunde die Statthaftigkeit jenes Arguments, glaubt aber seine Behauptung demungeachtet durch ein anderes unterstützen zu können, welches daher noch eine nähere Beleuchtung verdient. Seine eignen aus der l. 23. C. de probat. entlehnten Worte sind: „quod negantis simpliciter nulla sit per rerum naturam probatio", allein dieser Grund scheint mir völlig unerheblich, denn wenn auch a.) das allegirte Gesetz wirklich so ohne weitere Erläuterung jenen Satz assertorisch hinstellte, so würde demungeachtet dasselbe nicht auf die Art erklärt werden dürfen, wie es *Leyser* verstanden

s) Die Worte des Gesetzes sind: „Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur? Et, si quidem *in possessione* „libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, *docereque se ingenuum esse*."

zu haben scheint, wenn er daraus die allgemeine Unstatthaftigkeit des Beweises einer Negative herleitet. Eine solche Behauptung läßt sich nur durch die zwar sehr alte, aber demungeachtet irrige Idee rechtfertigen, als werde in den Worten: per rerum naturam, sogar die Möglichkeit bezweifelt, den Beweis einer simpeln Negation zu führen. — Irrig nenne ich aber diese Idee 1.) schon an sich betrachtet darum, weil es einleuchtend, und von den meisten neueren Juristen bereits angenommen ist, daß der Beweis einer solchen Negation, wenngleich nicht für sich selbst, doch aber indirect durch Anführung äusserer Umstände, aus denen ihre Wahrheit erhellet, zum wenigstens möglich sey; wie denn eben in dem vorliegenden Falle derjenige, welcher die vom Beklagten besessene Servitut demselben ableugnet, nur darzuthun braucht, wie dieser auf andre Art in den Besitz derselben gekommen sey, um die hieraus entstehende Vermuthung vollkommen zu vernichten. Sodann aber 2) auch wegen der alsdann nothwendigen Folgerungen; denn wenn der Schluß: = wer geradezu negirt, kann und braucht darüber keinen Beweis zu führen, also ist auch der Kläger, welcher eine vom Beklagten bisher ausgeübte Servitut leugnet und demselben abspricht, diese seine Negation zu erweisen nicht verbunden =, allgemein gelten sollte; so würde die aus dem Besitz entstehende, so natürliche als gesetzlich anerkannte Vermuthung für den rechtmäsigen Erwerb des besessenen Rechtes, und ebendamit in der That auch eine jede rechtliche Präsumtion durchgehends völlig unwürksam gemacht werden; denn der Nichtbesitzende oder überhaupt der, gegen welchen eine solche Vermuthung streitet, könnte

durch

durch fortgesetztes Leugnen sich, dieser Vermuthung ungeachtet, stets vom Beweise losmachen, und denselben seinem Gegner aufbürden. Die Ungerechtigkeit und wirkliche Unzulässigkeit dieser Meinung läßt sich aber nicht besser, als an Beispielen zeigen. Vorerst eins in Ansehung des Besitzes: A befindet sich seit langen Jahren im Besitz eines Pachtsgutes, ohne vom Eigenthümer desselben an dessen Benutzung gehindert zu werden. Nun stirbt aber dieser, und sein Erbe klagt rei vindicatione auf Abtretung des Gutes. Der Pachter giebt das Eigenthum ohne alle Schwierigkeit zu, behauptet aber sein Benutzungsrecht bis zur legalen Pachtkündigung. Der Kläger leugnet dies Recht geradezu ab; wer wird beweisen müssen? — Nach Leyserischen Principien offenbar der Beklagte, denn der Kläger negirt ja hier simpliciter, et „negantis simpliciter nulla est per rerum „naturam probatio.“ Nichts desto weniger zweifle ich keinen Augenblick, dem Letzteren den Beweis der nicht geschehenen Location aufzulegen; denn wenn hier der unbestritne Besitzstand nicht durchaus alle rechtliche Wirkung entbehren soll, so kann man ihm wenigstens die nicht versagen, daß der Besitzer daraus eine Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zieht, welche nur durch förmlichen Beweis vom Gegentheil elidirt werden kann. An einem bestimmten Gesetze über diesen Fall fehlt es zwar, inzwischen beruht die von mir gegebne Entscheidung zu sehr auf allgemeinen Gründen des Rechts und der Billigkeit, um jenen Mangel als Widerlegung gelten zu lassen. Man denke sich nur in einem solchen Falle die Lage des Processes ganz so, wie ich sie am Ende des vorigen Paragraphen in Ansehung der negatorischen Kla-

ge beschrieben habe, und es kann unmöglich einiger Zweifel übrig bleiben. Indessen will ich noch einige in den Gesetzen selbst also entschiedene Beispiele anführen, die von der Gültigkeit andrer Vermuthungen, als der des Besitzes, hergenommen sind. Man nehme an, es habe jemand an einen andern eine Zahlung geleistet, und fordere sie nachher als indebitum zurück. Der Empfänger gesteht excipiendo die Zahlung ein, behauptet aber, daß er solche wirklich an jenen zu fordern gehabt; der Kläger leugnet die Verbindlichkeit dazu, und in diesen terminis soll der Beweis regulirt werden. Wollte man denselben hier dem Kläger auflegen, so würde es in der That eine pure Negative seyn, die derselbe darzuthun hätte. Nach Leyser also müßte der Beklagte, welcher affirmirt und sich auf ein Factum gründet, den Beweis übernehmen, quia negantis per rerum naturam probatio nulla est. Sehen wir aber die Gesetze ein, so wird die Entscheidung ganz anders lauten müssen. Die l. 25. D. de probat. sagt: „— — sin ab initio confiteatur quidem fusce„pisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse so„lutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui acce„pit, nemo dubitat. — — et ideo *eum, qui dicit in„debitas solvisse, compelli ad probationem.*" Ein direkter Beweis des indebiti ist wirklich gar nicht möglich, indessen giebt es mancherley Umstände, deren Allegation dennoch die Behauptung des Klägers vollkommen bewahrheitet; er darf ja nur die Gründe anführen, welche ihn zu der Zahlung bewogen, darf nur, wie ihm das Gesetz selbst in den folgenden Worten an Hand giebt, darüber Beweis führen, „quod per dolum accipientis vel aliquam „iuliam ignorantiae caulam indebitum ab eo solutum";

und

und er wird damit seiner Verbindlichkeit vollständig ein Genüge geleistet haben, und nur dann erst abgewiesen werden, wenn ihm diese Beweisführung fehlschlagen sollte: „et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem „habere.“— Ein drittes Beispiel, und wie es mir scheint, das zu meinem Zwecke dienlichste, bietet uns das zunächst vorhergehende Gesetz, die l. 24. D. de probationibus, dar. Dieses supponirt nehmlich den Fall, daß ein Schuldner, dessen ausgestellter Schuldschein durchstrichen ist, dennoch von seinem Gläubiger aus dem Inhalt dieses Schuldscheins in Anspruch genommen werde. Jener behauptet in Beziehung auf das durchstrichene Instrument die geschehene Zahlung, dieser leugnet solche durchaus ab. Wer muß beweisen? — des Klägers Behauptung ist offenbar auch hier eine simple Negation; Leyser müßte ihn, um consequent zu seyn, von der Beweisführung lossprechen; aber was thun die Gesetze? — Sie gründen auf die Verlöschung des Schuldscheins zu Gunsten des debitoris eine Vermuthung der geleisteten Zahlung (gerade so, wie auf den Besitz einer Servitut die Vermuthung des rechtlichen Erwerbs), und es mag nun der Kläger die Wahrheit dieser Vermuthung auch noch so standhaft ableugnen, er wird damit nicht gehört, bis er manifestis probationibus die Fortdauer der Schuld bewiesen haben wird t).

Die-

t.) Die eignen Worte des Gesetzes sind: Si chyrographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam *manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit*, recte debitor convenitur.

Diese Beispiele, zusammengenommen mit der sub I gezeigten Unrichtigkeit des Leyserischen Satzes an sich betrachtet, werden schon hinreichen, die Unzulänglichkeit des oben berührten Arguments für die Beweisverbindlichkeit des besitzenden Beklagten in actione negatoria ausser Zweifel zu setzen; prüfen wir aber ferner b.) die Disposition des Gesetzes selbst nach ihrem ganzen Zusammenhange, so wird sich daraus sogar eine Erklärung desselben ergeben, die meine Ansicht der ganzen Sache durchaus begünstigt, und sich dennoch aus dessen eignen Ausdrücken rechtfertigen läßt. — Ehe ich mich jedoch hierauf weiter einlasse, muß ich einige Bemerkungen prämittiren, welche die nachherige Auslegung einigermaßen vorbereiten. Vorerst halte ich nehmlich schon den Umstand für nicht ganz unwichtig, daß Leyser sich die Einschaltung eines Wörtchens erlaubt hat, welches zwar allerdings dazu beiträgt, seine Meinung wahrscheinlicher zu machen, das man aber in dem Gesetze selbst vergeblich sucht. Der Satz: negantis *simpliciter* probatio nulla est, führt natürlich auf die Idee, als hätte dadurch das allgemeine Princip aufgestellt werden sollen, daß wer geradezu leugnet, stets vom Beweise befreit sey; dahingegen, sobald man das im Satz fehlende Wörtchen: simpliciter, hinwegläßt, der ganze Satz alsbald viel zu unbestimmt wird, um das Ansehn einer allgemeinen Regel länger behaupten zu können u). Und hieran schließt sich dann auch meine 2te Vorbemerkung,

---

u) Auf gleiche Art hat Leyser einen restringirenden Ausdruck, das Wörtchen: Factum, übergangen, welches, wie die nachherige Erklärung zeigen wird, an seiner Stelle allerdings auch entscheidet.

kung, die nehmlich darin besteht, daß Leyser überhaupt jene Stelle, die doch blos als einzelner Entscheidungsgrund in einem bestimmten Falle angeführt war, ganz und gar aus allem Zusammenhange gerissen, als generelle Disposition dargestellt, und als solche auch bey andern Fällen angewendet hat, ohne auf eine Aehnlichkeit derselben mit der gesetzlichen Voraussetzung Rücksicht zu nehmen, oder wenigstens solche näher aufzuklären.

Um nun hiernach das Gesetz selbst richtig zu interpretiren, muß ich dessen eigne Worte hieherseßen: „Actor, „quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum „necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum „per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.“— Mit vorläufiger Uebergehung des letzten Theils dieses Gesetzes stellt dessen übriger Inhalt offenbar einen ganz andern Fall dar, als der ist, wovon wir hier reden. Kaum kenne ich eine überflüssigere Disposition, als die sich darin findet, kaum einen minder zweifelhaften Satz, als der darin aufgestellt wird. Der erste Anfänger im studio processualischer Grundsätze muß wissen, daß wenn derjenige, welcher eigentlich ein von ihm behauptetes Factum beweisen müßte, sich dazu auſſer Stande erklärt, diese Erklärung seinen Gegner nicht verbinde, den Beweis des Gegentheils zu übernehmen; und dennoch ist es nichts mehr und nichts weniger, worüber das Gesetz, unnöthig genug, noch ausdrücklich entscheidet. Unter dieser Voraussetzung erhält dann der Nachsatz nur durch ein kleines lediglich hierauf gegründetes Supplement gar bald seine richtige Deutung. Uebersetze ich denselben nehmlich so: = denn wer ein unüberwiesenes Factum leugnet, braucht, dies bringt schon

die

die Natur der Sache mit sich v.), darüber keinen Beweis zu führen=, so wird sicher niemand diese Erklärung den Worten des Gesetzes und dessen ganzen Zusammenhange zuwider halten, und dennoch die hieraus sich ergebende Unanwendbarkeit desselben auf die negatorische Klage sogleich einsehn.

Meine aus diesen sämmtlichen Widerlegungsgründen x.) resultirende Meinung von der ganzen Sache ist nun die: Möglich ist der Beweis einer Negative ohne Zweifel; dagegen ist es völlig richtig, daß der, welcher eine solche Negation, falls es nur eine reelle, nicht blos wörtliche ist, vorbringt, dieselbe zu beweisen nicht verbunden sey; daraus folgt aber keinesweges, daß wenn der Gegner seine affirmative Behauptung schon, wirklich oder präsumtiv, bewiesen hat, und jener leugnet

---

v.) Die Worte: per rerum naturam, so, wie hier geschehen, übersetzt zu finden, wird bey dem oben gezeigten Ungrund einer eingebildeten phisischen Unmöglichkeit des Beweises einer Negative, wohl Niemand befremden; indessen kann ich eine solche Uebersetzung auch noch damit rechtfertigen, daß in der l. 10 C. de *N. N.* P., welche den nehmlichen Satz als Entscheidungsgrund anführt, jene Worte mit dem der gegebenen Uebersetzung angemessenern Ausdruck: naturali ratione vertauscht sind.

x.) Ob ich darin zu weitschweifig gewesen bin, hier abermals die durch den Zweck des Ganzen mir gesteckten Grenzen überschritten habe? — Diese Frage ist mir selbst wohl eingefallen; aber es ist *Leyser*, den ich gegen mich hatte, und eine Erinnerung hieran wird jede andre Entschuldigung entbehrlich machen.

net diese bewiesene Behauptung, er nun nicht wenigstens zum Gegen beweise verbunden seyn sollte. Dies ist aber ganz unser Fall, und nicht ohne Absicht habe ich darum schon oben darauf aufmerksam gemacht, daß der dem Kläger von mir auferlegte Beweis im Grunde schon als Gegenbeweis zu betrachten sey. — Wollte man aber dagegen noch etwas einwenden; so würde man ebendadurch die Statthaftigkeit beinahe eines jeden Gegenbeweises leugnen, denn der bei weitem gröste Theil derselben wird und kann seiner eigenthümlichen Beschaffenheit, als Gegenbeweis, nach, stets nur eine simple Negation enthalten.

Damit wäre nun der Hauptgrund, den Leyser für sich anführt, hinlänglich beantwortet; ausserdem aber scheint ein von ihm allegirtes Gesetz seine Meinung zu rechtfertigen, welches wirklich beim ersten Anblick auf den vorliegenden Fall anwendbar scheint. Der Inhalt dieses Gesetzes, der l. 16. C. de probat., ist nach Leysers eignen Worten der: Frater a fratre rem, quae communis parentis olim fuit, petit. Reus idemque possessor eam sibi donatam a patre esse obtendit. Negat actor. Imperatores eum probare iubent. Hier offenbar ein Beispiel, wo der Besitzer beweisen muß. Diese Verfügung ist klar, es kommt also nur auf die Gründe derselben an. Leyser glaubt diese darin zu finden: quia vident (imperatores), actoris, qui donationem eam negat, per rerum naturam probationem esse non posse; Und wäre dies, so ließe sich gegen einen hieraus auf die actionem negatoriam gezogenen Schluß nichts einwenden: Allein wenn man den Fall, den das Gesetz hierbey voraussetzt,

genau

genau vor Augen hat, so scheint doch ein andrer Grund die darin enthaltene Entscheidung veranlaßt zu haben. Die gegen den Besitzer der streitigen Sache angestellte Klage war actio familiae herciscundae oder communi dividundo. Der Beklagte giebt, was bey dieser Klage zu beweisen gewesen wäre, daß nehmlich jene Sache sich in des Erblassers patrimonio befunden habe, zu, behauptet aber excipiendo, daß von demselben auf ihn ein ausschliessendes Eigenthum übertragen worden sey, und dies muß er beweisen, weil er 1.) die jemalige Zuständigkeit des Eigenthumsrechts dem Erblasser und folglich auch denen an seine Stelle getretenen und seine Person vertretenden Erben nicht ableugnet, sondern nur deren nachherigen Verlust behauptet, welche Behauptung von ihm nach dem obigen (§. 3.) darzuthun ist; auch hiervon 2.) sein Besitzstand ihn nicht befreien kann, weil dieser zwar im Allgemeinen eine Vermuthung für dessen Rechtmässigkeit begründet, keinesweges aber zum Schild willkührlicher Prätensionen dienen, und den Besitzer berechtigen kann, jene Vermuthung auf jedes beliebige auch noch so exorbitante Recht auszudehnen. — Nur das bestimmte Recht, welches derselbe durch seinen Besitz ausübte, und wenn dies zweifelhaft ist, unter mehreren dasjenige, was mit anerkannten Rechten andrer am besten verträglich ist, wird als ihm zuständig vermuthet. So kann, wenn sich jemand im Besitz einer Servitut befindet, hieraus freilich keine andre Präsumtion, als für den legitimen Erwerb dieser Servitut abgeleugnet werden; so muß aber, wenn ein Miterbe eine im patrimonio seines mit andern gemeinschaftlichen Erblassers befindlich gewesenen Sache besitzt, zwar vermuthet werden, daß auch ihm ein Recht

daran

daran competire, allein doch nur ein solches Recht, welches mit den Ansprüchen der auf die Verlassenschaft des defuncti gleichmässig berechtigten Miterben bestehen kann, kein ausschliessendes, sondern ein gemeinschaftliches Recht. Es ist genug, wenn einmal durch Beweis oder gegentheiliges Eingeständniß ausgemacht ist, daß ihnen am ganzen Nachlaß ein Miterbrecht competire, und daß insonderheit auch diese Sache mit zu dem Nachlaß gehört habe; und das war eben die Wirkung jener Präsumtion, daß gerade sie diesen Beweis übernehmen mußten. Behauptet aber der Beklagte auch hiergegen noch sein ausschliessendes Recht, führt er ein besonderes Factum an, wodurch die Sache aufgehört habe zu dem gemeinschaftlichen patrimonio zu gehören, so kann unmöglich sein Besitz auch eine so specielle Präsumtion für die Wahrheit dieses bestimmten Facti begründen. Ja, wenn man dies annehmen wollte, so liesse sich ebensowohl auch ganz allgemein behaupten, daß ein Beklagter, der sich im Besitz der eingeklagten Sache befände, niemals angehalten werden könne, irgend eine von ihm ersonnene Einrede zu beweisen, denn ihm würde ja immer sein Besitz statt jeden Beweises dienen, und seine ungerechtesten Ausflüchte decken können. Hiervon nur ein Beispiel: es besitzt jemand ein Haus, ein andrer klagt rei vindicatione auf dessen Abtretung, übernimmt, weil den Beklagten sein Besitz davon befreit, den Beweis des ihm zuständigen Eigenthums; der Beklagte räumt dies ein, bezieht sich aber auf Präscription; wer wird hier beweisen müssen? — Ohne allen Zweifel der Beklagte, weil er den Verlust eines zugestandenen Rechts behauptet und sein Besitz zur Präsumtion so specieller Titel, als Verjährung, (und in

dem

dem Fall der l. 16. C. cit. Schenkung) ist, nicht gebraucht werden kann.

Dies und nichts anders, auf keinen Fall also die eingebildete Unmöglichkeit, eine simple Negation zu beweisen, ist der Grund jener gesetzlichen Disposition; und folgt hieraus unbedenklich, daß davon auf auf die negatorische Klage durchaus nicht geschlossen werden kann, vielmehr bey dieser der Grundsatz völlig richtig sey: daß der besitzende Beklagte den Beweis der ihm erworbenen Servitut zu führen nicht verbunden sey.

Teut-

Teutsche Banngerechtigkeiten sind keine servitutes in faciendo consistentes.

Alle mir bekannten Lehrer des teutschen Privatrechts, selbst diejenigen, welche den Begriff in faciendo bestehender Servituten sonst völlig richtig angeben, rechnen hierzu vorzüglich die teutschen Banngerechtigkeiten. — Um nur einen derselben hier zu nennen, so sagt Hr. Hofrath Runde in den Grundsätzen des gemeinen teutschen Privatrechts. §. 275. von ihnen: „Diese Art der Dienstbarkeiten, „(nehmlich diejenigen, welche im thun bestehen: §. 274.) „muß als eine den Römern unbekannte Sache allein nach „teutschen Rechten beurtheilt werden. Sie gehen alle „dahin, daß Jemand die Besitzer gewisser Güter oder „Einwohner eines Orts zu Etwas zu zwingen befugt „ist, was dieselben nach der natürlichen Freiheit zu thun „nicht schuldig sind. Dieser Zwang heißt der Bann; „und in dieser Rücksicht werden also solche Dienstbar„keiten auch Bannrechte — iura bannaria — genannt.“

Schon dem Nahmen nach kann ich mir unter einer im thun bestehenden Servitut nichts anders denken, als die Befugniß, einen andern zu einer gewissen positiven Handlung zu zwingen, ihn selbst mit richterlicher Hülfe zu nöthigen, daß er etwas thue, was er ohne diesen Zwang nicht gethan haben würde. Denken läßt

sich

sich eine Servitut dieser Art gar wohl, auch sind Beispiele davon eben nichts seltnes a), allein jene sogenannten Banngerechtigkeiten, welche doch Hr Hofrath Runde nicht blos als Beispiele solcher Servituten angiebt, sondern sogar gänzlich damit verwechselt und für gleichbedeutend hält passen schlechterdings unter jenen Begriff nicht. Denn wer wird behaupten, daß einer, dem z B ein Bierzwang zusteht, die Bannpflichtigen nöthigen könne, durchaus bey ihm Bier zu kaufen. Ihm steht zwar ein ius prohibendi, aber keineswegs ein ius cogendi zu; er kann sie daher zwar allerdings davon abhalten, daß sie kein Bier bey andern kaufen, allein so lange sie dies nicht thun, bleibt sein Bannrecht ungekränkt und er kann nichts weiter von ihnen verlangen. Es besteht mithin ihre Verbindlichkeit lediglich in non faciendo, und wird solchergestalt dadurch eine wahre servitus negativa begründet.

So sind demnach jene Anstalten quoad ius ipsum wirklich im Römischen Recht gegründet, und nur in Rücksicht ihres Gegenstandes, der jedoch als etwas factisches auf die Natur des Rechts selbst ganz und gar keinen Einfluß hat, als instituta mere Germanica zu betrachten.

Was

---

a.) Dahin würde namentlich der Fall gehören, wenn von zwey Eigenthümern benachbarter Garten der eine verbunden wäre, allein die gemeinschaftliche Hecke in brauchbaren Stand zu erhalten.

Was ich bisher gesagt, folgt schon aus dem blosen Begriff einer im thun bestehenden Servitut und dem einer negativen; noch evidenter aber wird die Wahrheit meiner Behauptung, wenn man die Handlungen erwägt, woraus der rechtliche Besitzstand einer oder der andern dieser Servituten gefolgert werden kann. Es ist bekannt, daß bey Römischen negativen Servituten erst dann jemand mit Grunde sagen darf, er befinde sich im Besitz derselben, wenn der serviens ein gegentheiliges Factum vornehmen wollte, und es auf geschehenen Widerspruch unterlies; dahingegen bey einer servitute, quae in faciendo consistit, schon ein vom serviente unternommenes Factum den dominantem in den Besitz der Servitut setzen würde. Dies auf den vorseienden Fall angewendet, ist es offenbar, daß wenn jemanden eine Banngerechtigkeit, z. B. ein Mühlenzwang, competiren soll diese von einem andern dadurch noch keinesweges anerkannt wird, daß derselbe einmal bey ihm sein Getraide mahlen läßt, ja selbst dadurch nicht, daß eine solche Handlung lange Zeit hindurch perpetuirlich unternommen wurde, denn als ein factum merae facultatis ist dieselbe nicht einmal einer Verjährung unterworfen; Erst dann, wenn der angeblich eingebannte eine solche den Gegenstand des Bannes ausmachende Handlung bey einem andern als dem Berechtigten unternehmen wollte, hieran von diesem verhindert wurde, und sich nun bey dieser Prohibition beruhigt, — daß er dieselbe Handlung nun bey dem prohibente vornehme, ist nicht nöthig —, erst dann läßt sich sagen, daß er durch dies Factum den Besitz des prohibentis anerkannt habe. Und so findet sich bey jenen Banngerechtigkeiten ganz das characteristische negativer

tiver Servituten, welche nach einmaliger Begründung jahrelang ausgeübt werden können, ohne daß von einer oder der andern Seite irgend eine Handlung unternommen wird; Ist nehmlich der Gegenstand derselben gerade für den Bannpflichtigen nicht auch Bedürfniß, so besteht die Ausübung des Rechts blos in der Unterlassung gegentheiliger Handlungen von Seiten des Verbundenen; dahingegen derjenige, welchem eine servitus in faciendo consistens zusteht, dieselbe schlechterdings nicht anders wirklich ausübt, als wenn er vom Verpflichteten eine positive Handlung, welche deren Gegenstand ausmacht, wirklich exigirt und sich leisten läßt, wie man dies sehr gut an dem oben von mir allegirten Beispiele sehen kann. Alsdann erst, wann der serviens die gemeinschaftliche Hecke wirklich einmal allein ausbesserte, übe ich meine Servitut aus, und befinde mich in dem Besitz derselben; ja eine Servitut dieser Art läßt sich ohne ein positives Factum gar nicht denken, es macht dies vielmehr das Wesen der Servitut selbst aus, und so muß es seyn, wenn ich dieselbe als in in faciendo bestehend ansehen soll.

Was ist Interesse,

und inwiefern kann eine wegen besondrer von einem Geschäfft abhängenden Vortheile erhaltene Warnung die Verbindlichkeit zum Ersatz des ganzen Interesses bewürken?

(Mit Hinsicht auf den 285—290ten §. des 5ten Tit. im 1ten Th. des preussischen Gesetzbuchs.)

Erster Abschnitt.

Bestimmung des Ausdrucks Interesse und dessen nähere Erläuterung.

§. 1.

A.) Allgemeine Grundsätze.

Wenn mehrere Personen in ein Rechtsgeschäfft irgend einer Art miteinander treten, so wie überhaupt, wenn durch einseitiges oder gegenseitiges, erlaubtes oder unerlaubtes Handeln irgend ein rechtliches Verhältniß zwischen ihnen begründet wird; und es erleidet dabey der eine durch des andern imputable Schuld einen Nachtheil (im weitesten Sinne des Worts), so entstehet daraus für den letzteren die Verbindlichkeit, jenem dafür eine angemessene Vergütung zu leisten. Dieser Nachtheil aber besteht entweder in einem wirklichen Schaden (damno emergente) d. h. es wird jenem irgend etwas entzogen, was er

schon wirklich hatte und besaß, oder nur in einem entgangenen Vortheile (lucro cessante) d. h es erlangt der Benachtheiligte irgend etwas nicht, was ohne des Andern Verschulden ihm zugekommen seyn würde — Diese Bestimmungen findet man in jedem Lehrbuche über allgemeine Rechtsgrundsätze, und ebenwohl auch in den Gesetzen a.) aufgestellt; allein dabey bleiben sie denn auch alle, selbst das Preußische Gesetzbuch, stehen, und glauben in dieser Distinction eine hinlängliche Grundlage gefunden zu haben, um darauf die Entscheidung einer jeden vorfallenden Ersatzklage gründen zu können. — Ich kann ihnen darin unmöglich beistimmen, und die tägliche Erfahrung lehrt, daß es Fälle genug giebt, wovon zwar mehrere auf gleiche Art unter eins von jenen Theilungsgliedern passen, aber dennoch nicht nach Einem Fuß zu entscheiden stehen. Nehme ich z. B an, A habe mit dem B eine Uebereinkunft getroffen, ihm unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn er auf einen festgesetzten Tag baare Zahlung leisten würde, einen gewissen Gegenstand von bestimmtem Werth ein ansehnliches unter dem gewöhnlichen Preis zu verkaufen; letzterer habe hierauf die ververabredete Geldsumme an C mit dem Auftrag gegeben, solche zur gehörigen Zeit dem A zuzustellen, und ihm dann sofort die gekaufte Sache zuzuschicken. C aber erfüllt den übernommenen Auftrag nicht, und wird dadurch Ursache, daß 1.) der Kauff selbst durch Ablauf dtr peremtorisch festgesetzten Frist rückgängig wird; und 2.) auch B, dem sich inzwischen eine Gelegenheit darbietet, die

Sache

---

a.) Cf. l. 13. D. rem ratam haberi. l. 33. D. locati. l. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest.

Sache anderweit zu einem ungewöhnlich hohen Preise anzubringen, diese unbenutzt vorbeygehn lassen muß. — Hier kommt fürs erste eigentlicher Schaden, nehmlich die mitgegebene baare Geldsumme, dann aber auch ein zwiefacher entgangener Vortheil, nehmlich einestheils der Betrag dessen, was für jenen Gegenstand weniger, als der wahre Werth, verlangt worden; und anderntheils der Gewinn, welchen B, wenn er die Sache zur rechten Zeit gehabt, durch deren weitere Veräusserung hätte erlangen können, in Betracht; daß aber demungeachtet diese beiden Gattungen des entgangenen Gewinns, sowohl ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit nach völlig verschieden, als auch in Ansehung der Vergütung nichts weniger, als nach einerley Grundsätzen zu beurtheilen sind, sieht jeder auf den ersten Blick. Woran soll man sich also halten, wenn schon einmal jede Art von möglichem Nachtheil, der nur nicht eigentlicher Schaden (damnum emergens) ist, ohne weitere Distinction unter der einzigen Benennung von Interesse gemeinschaftlich begriffen, und somit einer Entschädigungsregel unterworfen ist. Diesem Mangel abzuhelfen, unterscheide ich daher weiter zwischen dem lucro directo und indirecto, und bezeichne a.) mit jener Benennung alle diejenigen Vortheile, welche bey Vornehmung eines Geschäffts principaliter beabsichtigt werden, die, wenn das Geschäfft zu seiner Vollkommenheit gelangt, wenn dessen Zweck vollständig erreicht wird, als dessen natürliche Folge damit verbunden gehen, welche mithin zur Consummation des Geschäffts selbst gehören, mit dieser wirklich werden, ja in der That dieselbe ausmachen: Interesse im weiteren Sinne. Dann giebt es b.) noch andre Vortheile, welche nur indirect

aus

aus dem Geschäfft gezogen, durch dasselbe erst präparirt und möglich gemacht werden, mithin eigentlich blos zufällige und mit dem Geschäfft selbst als Ursache und Wirkung nicht zusammenhängende Nebenvortheile; deren Inbegriff macht dann das lucrum indirectum, Interesse im engern Sinne, aus. Und so läßt sich hiernach die Verbindlichkeit zur Entschädigungsleistung im allgemeinen auf 3 Grade bringen: 1.) es wird bloser Ersatz gegeben, praestatio damni emergentis; oder 2.) auch das Interesse, und alsdann entweder a.) compensatio lucri cessantis ordinarii seu directi, oder b.) cuiuscunque lucri forte sperati seu indirecti.

§. 2.

B.) Deren Anwendung auf einzelne Rechtsgeschäffte:

a.) erlaubte Geschäffte.

1.) Verträge.

Diese allgemeinen Grundsätze nunmehr auf bestimmte Rechtsgeschäffte angewendet, so besteht I.) bey Verträgen, insofern die Paciscenten damit für sich irgend einen Nutzen beabsichtigen: a.) das *lucrum directum* in nichts anderm, als dem eigentlichen Object des Vertrags selbst. Trit daher der Fall ein, daß einer der Paciscenten die ihm obliegende Vertragsverbindlichkeit durch imputable Schuld unerfüllt läßt, und demnach zu Leistung eines angemeßnen Aequivalents verbunden wird, so wird sich diese Leistung nicht blos auf den wirklichen Verlust, den der andre an seinem patrimonio erlitten, sondern auch

eben-

ebenwohl auf den durch Eingehung des Vertrags bezweckten Vortheil erstrecken, denn offenbar war auch dieser mit in der von jenem übernommenen Verbindlichkeit enthalten, und man kann also nicht eher sagen, daß er deren Gegenstand durch die substituirte Leistnng vollkommen ersetzt und seinen Mitcontrahenten gänzlich entschädiget habe, bis er es dahin gebracht hat, daß dieser allen Vortheil, der, wenn jener sich kein imputables Versehn zu Schulden kommen lassen, nach beider Absicht aus dem Geschäfft erfolgt seyn würde, auch jetzt genießt. Demnach läßt sich auch stets das Interesse, in diesem Sinn genommen, ohne viele Mühe bestimmt angeben, und ergiebt sich von selbst schon aus dem Inhalt des eingegangenen Vertrags. Dahingegen kann man b.) ebendies keinesweges auch alsdann behaupten, wenn der Ausdruck Interesse in seiner engeren Bedeutung für das *lucrum indirectum*, welches nicht sowohl den bestimmten Betrag des aus dem zu seiner Perfection und völligen Consummation gediehenen Vertrag von selbst resultirenden Gewinns, als vielmehr die durch denselben nur zufällig präparirten Neben Emolumente begreift, und daher seine nähere Bestimmung nicht so, wie jenes, aus dem Vertrag selbst ableiten kann, sondern dazu vorher einer Schätzung bedarf (l. 4 §. 3. D. si serv. vind.), genommen wird. Zwar wird zu dessen Erreichung das Daseyn des Vertrags ebenwohl nothwendig vorausgesetzt, und ist ohne diesen jener Vortheil gar nicht gedenkbar, vielmehr mit demselben so genau verbunden, daß nun, wo durch des einen Contrahenten Verschulden der Vertrag ohne Wirkung geblieben, ebendarum auch der sonst daher zu erwarten gewesene besondre Vortheil, nicht mehr zu erreichen steht; weil jedoch beide Paciscenten denselben bey

Ein-

Eingehung des Vertrags eigentlich nicht vor Augen gehabt, auch derselbe nicht sowohl aus dem Vertrag selbst entsprungen, als vielmehr durch andre von aussen her zufällig hinzutretende Umstände veranlaßt worden wäre, so kann man doch nicht sagen, daß die von der einen Seite unerfüllt gebliebene Vertragsverbindlichkeit sich auf die Beförderung dieses Vortheils miterstreckt habe, und daß der, welcher sie übernommen, dadurch auch für dessen Erreichung verantwortlich gemacht worden wäre. Er hat also auch in einem solchen Falle schon genug gethan, wenn er seinem Copaciscenten statt der im Vertrag eigentlich verabredeten Leistung, für den erlitnen wirklichen Schaden und das entgangene lucrum directum schadlos hält, und nur ganz besondre in den Gesetzen genau bestimmte Umstände, wie z.B. ein begangener dolus, bemürken, daß er ausser dem Ersatz eines der eigentlichen Vertragsverbindlichkeit durchaus entsprechenden Aequivalents, auch noch für diejenigen Vortheile einstehn muß, welche sein Mitcontrahent, wenn die Vertragsleistung gehörig in natura geschehen wäre, noch nebenher *occasione* pacti hätte erwerben können.

§. 3.

2.) Einseitige erlaubte Rechtsgeschäffte, namentlich die negotiorum gestio.

Ungeachtet bey einem nur einseitigen Geschäfft, dergleichen die fremde Geschäftsführung, negotiorum gestio, ist, sich ein ebensogenau bestimmtes Object, als bey Verträgen durch die gegenseitige Abrede constituirt wird, nicht angeben läßt; so scheint mir dennoch mit einiger nö-

thi-

thigen Abändrung auch hier das vorhin gesagte in Anwendung gebracht werden zu können. Ist auch gleich dem negotiorum gestor nichts bestimmtes vorgeschrieben, was er, um die übernommene Verbindlichkeit durchgehends zu erfüllen, vornehmen und leisten muß, so läßt sich doch schon aus der Natur des Geschäffts wenigstens soviel abstrahiren, daß er derselben keinesweges schon durch blose Abwendung eines für den dominum negotii zu erwartenden offenbaren Nachtheils ein Genüge leiste, sondern daß sie sich in der That auch auf Erreichung eines wirklichen Vortheils ausdehne. Hat nehmlich einmal der gestor das fremde Geschäfft zu besorgen übernommen, so macht er sich ebendadurch anheischig, dasselbe nicht nur so zu geriren, daß der dominus negotii keinen Schaden davon hat, sondern es ist sogar ein wesentliches Erforderniß, daß er das Geschäfft in *commodum* domini übernehme und ausführe, wenigstens alles, was von ihm abhängt, diesen Nutzen zu befördern, anwende. Und darnach läßt sich denn der Gegenstand der durch die negotiorum gestionem übernommenen Verbindlichkeit immer dahin angeben, daß dieselbe auf Erreichung aller derjenigen Vortheile gerichtet sey, welche, wenn das Geschäfft seinem gehörigen Fortgang nahm, oder wenn der dominus negotii dasselbe selbst ausführte, seiner eigenthümlichen Beschaffenheit nach daraus erfolgt seyn würden. Für alle diese also muß der gestor schon ex natura negotii haften, keinesweges aber für andre Vortheile, die nicht solchergestalt aus dem Geschäfft, sondern nur auf Veranlassung desselben, nnch ausserdem vielleicht hätten erreicht werden können. Diese letzteren würden dann das interesse indirectum, jene das interesse directum constituiren.

§. 4.

§. 4.

b.) Unerlaubte Handlungen.

Gleich anfangs habe ich, wiewohl nur beiläufig, eines Falles erwähnt, welcher ebenfalls als mögliches Fundament zu leistenden Schadensersatzes angesehen werden könne, nehmlich der durch unerlaubtes Handeln erfolgten Beschädigung; und darum will ich auch hier noch einiges darüber sagen, ungeachtet alle dabey vorkommenden Fragen theils schon aus dem vorigen klar sind, theils aber aus den Grenzen dieses Aufsatzes liegen. Dessen Absicht nehmlich ist es keinesweges, allgemeine Grundsätze der Entschädigungslehre überhaupt aufzustellen, sondern nur vorerst den Begriff und Inhalt des Interesse's näher zu bestimmen, wie solches bisher geschehen ist, und nachher lediglich einen ganz bestimmten Fall zu erörtern, und nach jenen Grundsätzen zu entscheiden, wie im Verfolg geschehen wird. Daher ist es nun klar, daß alle Fragen, welche nur auf die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesses, und auf die Art, wie diese geschehen muß, Beziehung haben, dem Zwecke gegenwärtiger Abhandlung gänzlich fremd sind, als unter welchem nach dem obigen nur dasjenige begriffen seyn kann, was zu Bestimmung der Frage: worin das Interesse überhaupt und in einzelnen Fällen bestehe, und wieweit sich dasselbe erstrecke und ausdehnen lasse, einigen Aufschluß giebt. — Bey widerrechtlichen Verletzungen aber wird gerade jenes größtentheils die Hauptrücksicht seyn, es wird dabey in den meisten Fällen mehr darauf ankommen, zu wissen: ob unter gegebenen Umständen eine Leistung des Interesses verlangt werden könne?

könne?, als: worin das zu leistende Interesse eigentlich bestehe. Jenes also fällt aus dem angeführten Grunde hier gänzlich weg, und ich bemerke im Vorbeigehn darüber nur kürzlich, daß hierbey die Rücksicht wohl nicht ausser Acht zu lassen seyn dürfte, ob die unerlaubte Handlung durch ein besonderes Gesetz wirklich verpönt, oder nur im allgemeinen als widerrechtliche Läsion anzusehen wäre. In Ansehung der zweiten Frage hingegen, wie nehmlich bey einer widerrechtlichen Beschädigung das Interesse zu bestimmen sey, unterscheide ich folgendermaßen: a.) der Vorgang, wobey die widerrechtliche Läsion vorgefallen, ist an sich etwas erlaubtes, und nur in der Hinsicht hieher gehörig, weil die Handlung des Beschädigenden im eigentlichsten Sinn unerlaubt war; da kann dies zwar auf dreyfache Art geschehen, inzwischen wird demungeachtet die Entscheidung stets die nehmliche seyn. Die hieher gehörigen Fälle aber sind folgende: 1.) Beide interessirte Personen, der Beschädigende und Beschädigte treten miteinander in ein erlaubtes Rechtsgeschäfft und jener macht sich dabey eines doli schuldig 2.) Der Beschädigte steht mit einem dritten in einem solchen Geschäfft, und es werden ihm durch die widerrechtliche Concurrenz von jenem die daraus zu erwartenden Vortheile entzogen; und endlich 3.) der Beschädigte war einseitig damit beschäfftigt, sich gewisse erlaubte Vortheile zu verschaffen, ein andrer aber vereitelt diese durch seine unerlaubte Handlung. — In allen diesen Fällen ergiebt sich die Entscheidung von selbst schon aus dem oben Gesagten, weil alsdann stets eine der beiden vorhin (§. 2. 3.) beurtheilten Gattungen von Geschäfften zum Grunde liegt. — Oder b.) der befragte Vorgang, woraus der widerrechtlich vernichtete Nutzen

gezo-

gezogen werden sollte, ist von der Art, daß er an sich selbst schon in einer unerlaubten Handlung besteht, folglich beide Interessenten in re illicita versiren; alsdann ist die Frage nach dem Gegenstande eines zu leistenden Interesse's, als Ersatzes directer oder indirecter Vortheile hier gänzlich überflüßig und unbrauchbar, deshalb, weil hierbey stets die Bestimmung der von dem benachtheiligten beabsichtigten Vortheile zum Grund gelegt werden müste, dieser aber, als Concurrent und Mittheilnehmer an der unerlaubten Handlung, schon als solcher einer jeden Entschädigungsforderung durchaus verlustig seyn würde.

§. 5.

C.) Remissiv von einigen besondern Gattungen des Interesses.

Nachdem ich nunmehr nicht nur den Begriff des Interesses genau bestimmt, sondern ausserdem auch dessen Anwendung auf vorkommende Rechtsgeschäffte gezeigt, und damit den allgemeineren Theil dieses Aufsatzes beschlossen habe, ohne einer weiteren Abtheilung des Interesses auch nur entfernt zu erwähnen, so muß ich besorgen, hierbey insoweit wenigstens als unvollständig getadelt zu werden, als ich eine Hauptdistinction desselben in gewöhnliches und aussergewöhnliches (interesse ordinarium et singulare) und des letzteren in gemeines (gemeingültiges) und individuelles (Interesse singulare in specie et affectionis) mit Stillschweigen übergangen hätte. So richtig und in der That folgenreich aber auch die hierdurch begründete Verschiedenheit ist, so

glaub-

glaubte ich dennoch aus folgenden Gründen eine specielle Erörterung derselben hier aussetzen zu dürfen: Vorerst findet sich diese Distinction in mehreren Schriften bereits genau bestimmt und ist darüber kein Zweifel übrig; sodann geht sie blos auf den Werth von Sachen, hier aber war es meine vorzüglichste Absicht und auch für den specielleren Zweck der Erklärung oben erwähnter Gesetzesstelle schon völlig anreichend, den Begriff und Gegenstand desjenigen Interesses anzugeben, welches den Inbegriff der aus einem gewissen Geschäfft entstehenden Vortheile ausmacht, wie denn in der That nur dies eigentlich unter den Begriff von Interesse, als Inbegriff entgangenen Gewinns, zu rechnen ist, und folglich bey jener Distinction die gewählte Benennung wirklich ganz in einem andern, mehr vulgären, als eigentlich juristischen Sinn genommen wird.; Und endlich dürfte es überhaupt nicht schwer seyn, wenn einmal bey dieser Art Interesse auch auf jene Verschiedenheit (des directi et indirecti) etwas ankomme, mithin unter dem durch eine Handlung bezielten Nutzen auch der Werth einer gewissen Sache begriffen seyn sollte, eine Entscheidung hierüber aus den obigen G.undsätzen abzuleiten.

Zweyter Abschnitt.

Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage.

§. 6.

a.) Angabe und Erklärung der angeführten Gesetzesstelle.

Gehen wir nun nach diesen allgemeinen Bemerkungen über die eigenthümliche Beschaffenheit des Interesses auf die oben erwähnte specielle Frage über: ob eine wegen ungewöhnlicher von dem auszuführenden Geschäfft abhängenden Vortheile erhaltne Warnung zur Leistung des Interesses verbinde, und insonderheit auf deren im Preussischen Gesetzbuche enthaltne Beantwortung näher ein, so ist, wenn diese §§ 289 und 290 dahin bestimmt wird, daß wer gewarnt worden, daß von seiner übernommenen Handlung besondre und ungewöhnliche Vortheile für den andern abhängen, alsdann das volle Interesse zu vergüten, verbunden sey — hieraus a) soviel klar, daß ein solcher durch diese gesetzliche Sanction nicht blos zum Schadensersatz im engern Sinne, und zu Vergütung der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aus der unternommenen Handlung erfolgenden Vortheile, sondern auch für die besonderen aussergewöhnlichen Emolumente, welche der andre daraus hätte ziehen können, verbindlich gemacht wird. Denn wenn gleich im 7ten §. des 6ten Titels zu einer vollständigen Genugthuung schon der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinns hinreichend erklärt wird, der entgangene Gewinn aber nach dem 6ten § nur diejenigen Vortheile begreifft,

greifft, „welche entweder nach dem gewöhnlichen Lauf „der Dinge und Geschäffte des bürgerlichen Lebens oder „vermöge gewisser schon getroffner Anstalten und Vorkeh„rungen vernünftigerweise erwartet werden konnten“; mithin, wenn der Gewarnte auser diesen noch etwas weiter prästiren sollte, hieraus eine Verbindlichkeit zu mehr als vollständiger Genugthuung, welches sich gar nicht denken läßt, folgen würde, so ist der Grund dieser Inconsequenz wohl mehr in dem schon oben gerügten Mangel einer genaueren Unterscheidung der beiden Gattungen des entgangenen Gewinns zu suchen, als in der Absicht der Gesetzgeber, dem Gewarnten nichts weiter, als die Leistung einer vollständigen Genugthuung, so wie diese in der angeführten Stelle (Tit. 6. §. 6.) definirt wird, auflegen zu wollen; denn, sollte das letztere angenommen werden, so würde einestheils die ganze im 290ten § enthaltne Bestimmung durchaus überflüssig seyn, (indem eine gleiche Verbindlichkeit auch ohne vorherige Warnung vorhanden ist) und anderntheils in der That sogar einen Widerspruch mit sich führen.

§. 7.

b. Begründung derselben als gemeinrechtlicher Norm.

Nimmt man also demzufolge an, der Gesetzgeber habe den, welcher, wie angeführt, gewarnt worden, zum Ersatz auch der ungewöhnlichen von dem Geschäfft abhangenden Vortheile, mithin des lucri indirecti, verbindlich machen wollen, so ist nun b.) die nächste Frage natürlich wohl die: was ist der Grund davon, daß, da doch nach dem Obigen solche Vortheile, welche in dem gewöhnlichen

Ausgang eines Geschäffts ihre Entstehung nicht haben, sondern nur durch besondre Umstände veranlaßt werden, in der Regel von demjenigen, welcher das Geschäfft übernahm, solange nicht das Eintreten specieller gesetzlichen Voraussetzungen ausnahmsweise dazu qualificirt, nicht geleistet zu werden brauchen, doch in dem vorliegenden Falle, wo jene allgemeingeltenden Voraussetzungen doch ebenfalls cessiren, ein andres statt haben soll? - Der Grund hiervon, dessen Angabe zugleich einen Beweis abgeben wird, daß jener Satz des Preussischen Rechts keinesweges als eine singuläre Verordnung desselben angesehen werden könne, sondern nach gemeinem Recht ebenwohl gelten müsse, beruht meines Erachtens lediglich in freiwilliger Uebernahme. Ich habe schon vorhin ausführlicher bemerkt, daß ein Contrahent oder negotiorum gestor, durch dessen Verschulden ein Geschäfft gar nicht, oder nicht gehörig zur Ausführung kommt, neben dem damno emergente darum in der Regel nur das lucrum cessans directum zu prästiren schuldig sey, weil nur dies, als eigentlicher Gegenstand des Geschäffts, in dem Umfang der daraus übernommenen Verbindlichkeiten liege; es versteht sich also hiernach von selbst, daß wenn einmal auch jene ungewöhnlichen Vortheile, die ich durch den Ausdruck: lucrum indirectum bezeichnet habe, noch besonders übernommen und ausdrücklich zum Gegenstand der Verbindlichkeit erhoben werden, alsdann der Verbundene auch diese zu realisiren oder dem Berechtigten dafür volle Entschädigung zu leisten, gehalten sey. Es fragt sich also nur noch, ob und inwiefern aus einer an den Handelnden ergangenen Warnung eine solche freiwillige Uebernahme der durch

die

die Warnung beabsichtigten besondern Vorsicht gefolgert werden könne? — Diese Frage aber wird sich am besten mit Hinsicht auf die einzelnen hier in Betracht kommenden Geschäffte beantworten lassen.

§. 8.

c.) deren Anwendung.

α.) auf Verträge.

Um die Voraussetzungen genau zu bestimmen, unter denen im Fall eines eingegangenen Vertrags eine erfolgte Warnung die ihr oben beigelegte Wirkung haben soll, unterscheide ich: 1) der Misconirahent selbst hat gewarnt; hat dann der Gewarnte, dieser Erinnerung ungeachtet, das Geschäfft dennoch übernommen, so ist hierdurch offenbar die Erreichung selbst jener ungewöhnlichen Vortheile zum Gegenstande des Vertrags gemacht worden, und also deren culpöse Vereitelung eine wahre Contravention gegen die vertragsmäßige Verbindlichkeit, mithin eine dafür zu leistende Vergütung keinesweges mehr als Ersatz eines nur zufällig gehofften Nutzens, sondern als die einem jeden, der die Erfüllung eines Vertrags durch imputable Nachläßigkeit unmöglich macht, obliegende Prästation eines Aequivalents für den dadurch beabsichtigten Vortheil zu betrachten. — Kommt hingegen 2.) die Warnung von einem dritten, so glaube ich hier im allgemeinen den Satz als Entscheidungsnorm aufstellen zu können, daß eine solche Warnung immer dann verbindliche Krafft habe, wann sie für den Gewarnten volle Wissenschaft ihres Inhalts mit sich führt, d. h. wenn jemand weis und vollkommen überzeugt ist,

daß ein Geschäfft ungewöhnliche Vortheile für den andern zur Folge haben könne, und bey dieser Wissenschaft sich dennoch demselben unterzieht, er ebendadurch die Verbindlichkeit übernimmt, selbst diese ungewöhnlichen Vortheile dem andern zu verschaffen und für deren wirklichen Erfolg, soviel dieser von ihm abhängt, einzustehn; denn unternähme er unter denen Umständen ein solches Geschäfft ohne diese Absicht, so würde er offenbar dolose handeln, und schon aus diesem Grunde zum Ersatz des vollen Interesses, mithin auch des vereitelten indirecten Gewinns verbunden seyn. Nach dieser Voraussetzung kommt es mithin nur noch darauf an, inwiefern man behaupten könne, daß die Warnung eines Dritten für den Handelnden eine so verbindende Wissenschaft inducire? — Und hierzu wird erfordert, daß, im Fall eines Vertrags, wovon ich hier vorerst allein rede, der Handelnde wußte: nicht nur, daß das Geschäfft den ungewöhnlichen Vortheil für den Mitcontrahenten haben könne, sondern daß auch dieser bey dessen Eingehung einen solchen Vortheil beabsichtigte; hieraus folgt also, daß der Warnende, um seiner Warnung jene verbindliche Krafft zuzugestehen, ein solcher seyn müsse, der selbst von den Zwecken des abgeschlossenen Vertrags vollkommen unterrichtet war, und der auch, als solcher, von dem Gewarnten vernünftigerweise anerkannt werden muste.

§. 9.

§. 9.

β.) auf einseitige Rechtsgeschäffte, insonderheit die negotiorum gestio.

Daß bey der negotiorum gestio jener erstgenannte Fall der von einem Mitcontrahenten erhaltnen Warnung, als dem Begriff dieses Geschäffts widersprechend, hier gänzlich cessire, mithin nur davon noch die Rede seyn könne: in wiefern die Warnung eines Dritten den gestor verbinde?, bedarf wohl kaum einer besonderen Erwähnung. In diesem Falle aber ist, als bey einem blos einseitigen Geschäffte, die Begründung jener Verbindlichkeit freilich etwas schwieriger, als beim Vertrage, inzwischen bey einer richtigen Ansicht der Sache unter Anwendung der im vorigen § angegebenen allgemeinen Grundsätze nicht minder klar. Bey Uebernahme des fremden Geschäffts macht sich offenbar der gestor verbindlich, dasselbe nicht blos vulgariter zu geriren, sondern so zu besorgen, wie dies unter gleichen Umständen von dem domino negotii selbst geschehen seyn würde, dabey eben den Zweck vor Augen zu haben und zu befördern, den er als von diesem beabsichtigt voraussetzen muste. Kannte er also diesen Zweck und übernimmt dennoch das Geschäfft, so ist er auch denselben, mag er auch bestehen, worin er will, ja selbst auf noch so singuläre Vortheile gerichtet seyn, nach Kräfften zu befördern gehalten, und für jeden durch imputable Schuld unerreichbar gebliebenen Grad desselben verantwortlich. Zu einer solchen Kenntniß aber ist es als völlig hinreichend anzusehen, wenn dem Handelnden nur gesagt wurde, daß das Geschäfft, mit der nöthigen Vorsicht unternommen für den dominum negotii einen unge-

wöhnlichen Vortheil produciren werde, und daß jener überzeugt war, daß der Warnende hierin ein glaubwürdiges Zeugniß ablegen könne und wolle. Ist aber dies, und der Handelnde unterläßt alsdann den ihm obliegenden Fleis, so ist er nun auch diesen besondern Vortheil zu ersetzen verbunden; jedoch mit der Einschränkung, daß wenn das Geschäfft von der Art wäre, daß es auch nach diesem Vorgang von dem domino negotii immer noch eben so vortheilhaft übernommen werden könnte, alsdann nur das interesse temporis, insofern dies zu liquidiren steht, vergütet werden müsse.

Zum Schluß noch ein Beispiel zu dem letzteren Fall: A hat Geld eines Abwesenden unter Händen, und ist beauftragt, es an einen Dritten zu geben, der es für jenen verwaltet; statt dessen übernimmt er selbst das Geschäfft, dies Geld bestmöglichst unterzubringen. Hierbey von einem mit der Art Geschäffte wohl bekannten Freunde des Abwesenden erinnert, sorgfältig zu Werk zu gehen, weil man jetzt Gelegenheit habe, mit dem Gelde ungewöhnliche Vortheile zu gewinnen; versäumt er dennoch die günstige Gelegenheit durch imputable Nachläßigkeit. — Da kann, wenn nun der Abwesende von dem Geschäfft Rechenschafft fordert, entweder jener Vortheil auch dann noch erreicht werden; ist dies, so braucht A nur soviel zu vergüten, als durch das frühere Ausleihen ꝛc. mehr gewonnen seyn würde; oder die Gelegenheit, den besondern Nutzen zu erhalten, ist auf immer vorüber, alsdann muß er ohne Zweifel das vollständige Interesse prästiren. — Und so kann dieser Fall, wenn er nur noch dahin extendirt wird, daß durch unvorsich-

tiges

tiges Ausleihen zugleich das Capital verlohren gegangen, ein Beispiel abgeben, woran sich die 3 vorbemerkten Grade der Entschädigungsleistung sehr distinkt zeigen lassen. Es muß nehmlich unter dieser Voraussetzung der A — 1.) das verlohrne Capital ersetzen: damnum emergens. 2.) Die davon fälligen gewöhnlichen Zinsen (l. 24. C. de usuris): lucrum cessans directum; und 3.) den durch die versäumte bessere Benutzung entgangenen besonderen Gewinn: lucrum cessans indirectum: cf. l. 2. §. 8. de eo, quod certo loco.

Inwiefern

würkt die legitimatio plena per rescriptum principis ein Successionsrecht, im Fall schon eheliche Kinder da sind?

§. 1.

Können teutsche Fürsten in einem solchen Falle ad effectum successionis legitimiren?

Wollte man diese Frage blos nach Römischem Recht beurtheilen, so würde sie ohne Bedenken sogleich verneinend beantwortet werden müssen, indem dasselbe der Legitimation per rescriptum principis im Fall vorher existirender ehelichen Kinder geradezu die Wirkung des Successionsrechts abspricht. Eigentlich scheint die Nov. 89. cap. 9 §. 1., welche vorzüglich hierüber entscheidet, die Legitimation in jenem Fall gar nicht zu gestatten; allein dieß muß nothwendig auf diejenige Gattung derselben eingeschränkt verstanden werden, welche ad effectum status familiae et successionis ertheilt werden soll, indem bey einer minus plena die legitimen gar kein Interesse haben a.). Hiergegen wollen nun verschiedene Rechtsleh-

rer

a.) Man vergleiche *Madihn* diff. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis. Hal. 1769. §. 10. 12.

rer die Unanwendbarkeit des Römischen Rechts aus dem Grunde behaupten, weil ja dem Vater das Recht zustehe, bey seinem Leben sein ganzes Vermögen, oder doch dessen grösten Theil wegzugeben, mithin ihm auch erlaubt seyn müsse, jemanden auf dasselbe bey seinen Lebzeiten ein Recht zu geben, welches erst nach dem Tode zur Ausübung kommt. Dieser Schluß aber hält schon in der Hinsicht keinen Stich, weil er eben sowohl zu Justinians Zeiten, der jenes Gesetz gab, der Anwendung desselben obstirt haben würde, indem sich quoad facultatem disponendi nachher keine Veränderung zugetragen hat. Inzwischen halte ich demungeachtet die Verordnung des Römischen Rechts heutzutage für unverbindlich, wiewohl aus einem andern Grunde, dem nehmlich, weil die Legitimation überhaupt nicht mehr nach Römischem Recht beurtheilt werden darf. Den Begriff und die eigenthümliche Natur des Geschäffts selbst finden wir zwar im Römischen Recht hinlänglich bestimmt, und entlehnen daher aus diesem mit Recht alles, was hierauf Bezug hat. Sobald aber von solchen Bestimmungen die Rede ist, welche in das ius und den modum concedendi einschlagen, so ist, da es alsdann auf Befugnisse der Fürsten, die in der besonderen Staatsverfassung beruhen, ankommt, das Römische Recht als Entscheidungsquelle ganz zu verwerfen. Legitimation ist heutzutage anerkanntes Hoheitsrecht und kann als solches, von einem jeden, dem sie einmal competirt, plenissimo effectu ausgeübt werden; es finden daher bey derselben keine andre Einschränkungen statt, als welche die eigenthümliche Natur des vorseienden Geschäffts und die Unverletz-

bar-

barkeit früher begründeter Rechte andrer dabey interessirter Personen nothwendig machen.

Eine Einschränkung der ersteren Art scheint in der Natur der Intestaterbfolge, als welche doch durch jene Legitimation den unehelichen Kindern ertheilt werden soll, gegründet zu seyn. Intestaterbfolge ist nehmlich diejenige, welche in Ermangelung einer gültigen Privatdisposition durch unmittelbare Vorschrift der Gesetze eintrit, und wodurch mithin die Gesetze den Defect einer solchen Disposition des Erblassers suppliren. Nun scheint es aber doch offenbar einen Widerspruch zu involviren, daß nach der obigen Voraussetzung durch die Legitimation über das Vermögen des Vaters der zu legitimirenden Kinder disponirt wird, und demungeachtet vermöge dieser Disposition Intestaterbfolge — das Surrogat der mangelnden Disposition — eintreten soll. Dieser anscheinende Zweifel hebt sich inzwischen leicht durch eine genaue Distinction zwischen dem Recht auf Succession, und dem *modo*, nach welchem diese erfolgt. Beides finden wir in den Gesetzen subsidiarisch bestimmt, und beides wird gewöhnlich unter dem Ausdruck: Intestaterbfolge begriffen. Allein wenn man sagt, daß durch Legitimation die Intestaterbfolge ertheilt werde, so will dies nichts anders sagen, als: Gewisse Personen erhalten dadurch ein ius succedendi, welches sie sonst nicht hätten, die Ausübung dieses, nun nicht etwa ex legis dispositione, sondern ex gratia concedentis competirenden Rechts ist aber an den in den Gesetzen bestimmten modum gebunden, und es ist folglich die durch die Legitimation erlangte Succession zwar kein IntestaterbRecht, aber doch eine IntestaterbFolge im engeren Sinn.

Neh-

Nehmen wir nun auf die andre bey Ausübung von Hoheitsrechten überhaupt, und bey Ertheilung der Legitimation insbesondre zu beobachtende Einschränkung, nehmlich Aufrechthaltung von iuribus quaesitis cuiuscunque tertii Rücksicht, so wird diese im Ganzen wohl von Niemand geleugnet. Geschieht dies daher in einzelnen Fällen, so betrifft dieser dissensus weniger das ius in thesi, als vielmehr dessen An- oder Nichtanwendbarkeit in jenem besonderen Falle. Die vorzüglichste Rücksicht, welche hier in Betracht kommt, ist offenbar die Frage: ob die schon vorhandnen ehelichen Kinder, in Ansehung der den legitimirten zugestandenen Theilnahme an der Succession, als solche betrachtet werden können, deren wohl erworbene Rechte dadurch gefährdet werden; und diese Frage ist es eigentlich, welche, bey den mannichfaltigen bisher darüber aufgestellten Meinungen, den Gegenstand dieses Aufsatzes ausmachen wird.

§. 2.

Welche Wirkungen hat eine solche Legitimation in Beziehung auf die ehelichen Kinder?

I.) Bestimmung der eigentlichen Streitfrage.

Daß hier vor allen Dingen der Fall gänzlich ausgeschieden werden müsse, wo nur illegitime Kinder vorhanden sind, und diesen ein Successionsrecht ertheilt werden soll, bedarf wohl kaum einer Erinnerung, da schon die oben aufgeworfene Frage diese Einschränkung mit sich bringt. Interessant kann es immer auch da seyn, das Verhältniß genauer zu untersuchen, worin nun diese un-

ter

ter sich in einem solchen Falle stehen, auch wie es sich damit verhalte, wenn nun etwa einige derselbn früher, andre später und nachdem schon einmal jene ein Successionsrecht erlangt hatten, legitimirt wurden; indessen gehören alle diese Fragen hier nicht zu meinem Zwecke, und darum darf ich sie unberührt übergehen. — Sodann liegt ebenfalls ausser den Grenzen der hier zu erreichenden Absicht der Fall, wo die illegitimen Kinder früher legitimirt waren, als die ehelichen gebohren wurden; denn da kann von verletzten Gerechtsamen der letzteren gar nicht die Rede seyn: (*Madihn* l. c. §. 12. 18.), indem jede Verminderung, die ihnen durch die Theilnehmung von jenen erwächst, nicht sowohl eine ungewöhnliche Einschränkung ihres Successionsrechts, das überhaupt auf nichts mehr begründet seyn kann, als worüber vor dessen Entstehung noch nicht rechtsgültig disponirt war, genannt, sondern nur als natürliches Hinderniß der ihnen erst nach dessen Vorhandenseyn erworbenen Gerechtsame betrachtet werden muß, gerade so, als wenn schon früher gebohrne eheliche Kinder, deren Concurrenz ebenfalls ihre Portionen verringert, vor ihrer Geburt existirten b.).

Den

---

b.) Man könnte hier vielleicht umgekehrt die Frage aufwerfen: ob denn aber das den illegitimen Kindern ertheilte Erbrecht nicht durch die nachherige Geburt ehelicher Kinder widerrechtlich geschmälert würde? — Allein dieser Zweifel verschwindet, wenn man bedenkt, daß ihnen überhaupt nicht mehr Rechte eingeräumt waren, als den ehelichen Kindern ohnehin zustehn, mithin auf keinen Fall jene zum Nachtheil von diesen irgend eine Prärogative verlangen können.

Den eigentlichen Stoff der hier vorzunehmenden Beurtheilung giebt also einzig nur der Fall, wo schon ehelich gebohrne Kinder da sind, und bey deren Leben unehelich gebohrne plene legitimirt werden. Nur in einer solchen Lage kann von früher begründeten Gerechtsamen Jener die Rede seyn, nur hier ist eine durch die Legitimation zu besorgende Verletzung von dergleichen Gerechtsamen gedenkbar, und also auch nur unter diesen Umständen die Frage anwendbar: inwiefern die Vermeidung einer solchen Verletzung die Wirkungen der vollen Legitimation zu beschränken vermöge? — Ueber die Beantwortung dieser Frage sind die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr getheilt, und ich werde darum die vorzüglichsten derselben hier anführen und deren Richtigkeit prüfen.

§. 3.

II.) Beurtheilung verschiedner bisher gangbaren Meinungen, wovon

a.) einige über die Successionsfähigkeit im Ganzen entscheiden, und zwar entweder

α.) negativ.

Pufendorf vorzüglich in observationibus iuris univ. T. I. obs. 241. §. 6. behauptet, daß den per rescriptum principis legitimirten Kindern auf keinen Fall eine Concurrenz mit den legitimen bey der Succession zugestanden werden könne. Seine Gründe sind: 1.) weil den ehelichen Kindern ein vollkommnes Recht zustehe,

ihren

ihren Pflichttheil ohne einige Verminderung zu erhalten, und 2.) weil ihnen nach der l. 2. C. de naturalibus liberis, und der Nov. 89. cap. 12. ein ius prohibendi gegen die natürlichen Kinder nicht zu versagen stehe, darauf, daß diese letzteren nicht mehr als $\frac{1}{12}$ von ihres Vaters Nachlaß verlangen könnten. Beide Rechte würden durch ein den unehelichen Kindern durch die Legitimation ertheiltes Miterbrecht mit den ehelichen sehr verletzt, und darum habe auch Justinian eine solche Legitimation beim Vorhandenseyn ehelicher Kiuder gänzlich untersagt. Beide Gründe träten noch heutzutage ein, und es müsten also darum auch gegenwärtig ebenwohl noch die legitimirten von der Succession ausgeschlossen werden.

Diese Schlußfolge hat vielen Schein für sich, und verdiente es in der That nicht, von Hrn. Kanzler *Koch* in successione ab intestato §. 29. so kurz abgefertigt zu werden, ohne einmal, wie doch in anderen Fällen geschehen ist, die von Pufendorf dafür angeführten Argumente mit einem Wort zu berühren. Das letztere derselben zumal ist völlig neu, soviel mir wissend, noch von keinem andern Schriftsteller gebraucht, und allerdings so beschaffen, daß es eine etwas bedeutendere Aufmerksamkeit verdient; — nur leuchtet dabey soviel auf den ersten Anblick ein, daß wenn dasselbe wirklich so entscheidend war, als Pufendorf dies glaubte, und dadurch beweißt, daß er solches zum Hauptfundament seiner Behauptung macht, alsdann vielmehr eine Einschränkung für den legitimirenden Fürsten daraus hätte gefolgert werden müssen, als daß, nachdem eine solche Legitimation einmal wirklich vorgenommen wäre, den Legitimirten das daraus erworbene Erbrecht

ent-

entzogen werden könnte. — Um indessen die ganze Sache gründlich zu beurtheilen, recurrire ich auf das, was ich im 1ten §. als den eigentlichen Maasstab der Entscheidung angegeben habe. Dort nehmlich bemerkte ich, daß da heutiges Tages die Legitimationsertheilung nach den Regeln der Ausübung von Hoheitsrechten beurtheilt werden müsse, die einzige dabey zu beobachtende äussere Einschränkung die sey, daß dadurch keine früher begründeten Rechte dritter Personen verletzt würden; es kommt also hier nunmehr lediglich darauf an: inwiefern die von Pufendorf allegirten Gründe eine solche Verletzung enthalten, und daher jene Einschränkung nothwendig machen. Hierüber aber bemerke ich folgendes: *ad* 1. ist zwar allerdings ein ungezweifeltes Recht der ehelichen Kinder im Spiel, das auch schlechterdings keine Beschränkung verträgt; inzwischen läßt sich dies gar wohl aufrecht erhalten, ohne darum sogleich den legitimirten ihr ganzes Successionsrecht abzusprechen. Sein Gegenstand ist stets nur ein Theil der ganzen Erbschaft, und bleibt daher nur dieser unvermindert, so ist die darauf competirende Befugniß vollkommen befriedigt und kann nicht weiter würken. Dies Argument also erfordert noch immer weiter nichts, als einige Modification bey der Ausübung des den legitimirten ertheilten Cosuccessionsrechts, kann aber dessen rechtliche Zuständigkeit an sich nicht zweifelhaft machen. — Sodann *ad* 2. kann ich nicht einmal zugeben, daß hier ein wahres, vollständig erworbenes Recht gefährdet werde; ja ich kann den ehelicheu Kindern auf das zwar einigermaßen wahrscheinliche, aber dennoch völlig ungewisse und noch ganz und gar unbestimmte lucrum, was ihnen durch die in den oballegirten Gesetzen enthaltne Bestimmung

des

des Erbrechts der unehelichen Kinder zu $\frac{1}{12}$ des väterlichen Nachlasses zu Theil werden kann, nicht einmal ein ius futurum, quodammodo radicatum, zugestehen. Es ist möglich, daß sie daraus, daß dem Vater nicht verstattet ist, nach Willkühr zu Gunsten seiner illegitimen Kinder zu disponiren, einigen Vortheil ziehen; aber einiges Recht darauf haben sie schlechterdings nicht. Und wenn den Gesetzgeber eine solche Vermuthung zu damaliger Zeit bewog, die Dispositionsbefugniß des Vaters in Ansehung der unehelichen Kinder auf einen nur unbedeutenden Theil seines Vermögens zu beschränken, so war dies immer eine löbliche Vorsicht und Sorgfalt zu Beförderung des Wohls ehelich gebohrner Kinder, ohne indessen auch so absolut verbindlich zu seyn, daß nicht dagegen von spätern Regenten, wenn auch solche die Verordnung selbst nicht aufheben wollen, in einzelnen Fällen wenigstens dispensirt werden könnte c.). Das Recht der Dispensationen von allgemein geltenden Gesetzen wird ohne Zweifel lediglich durch die Rücksicht bestimmt, inwiefern dadurch in dem vorliegenden Falle keine iura quaesita aliorum lädirt werden; diese Rücksicht trit nach dem obigen hier nicht ein, und es kann folglich ohne Zweifel gegen

---

c.) Ueber die Meinung, daß jene Stelle des Römischen Rechts, die Nov. 89. c. 9., auch noch heutzutage der Legitimation beym Vorhandenseyn ehelicher Kinder entgegenstehe, bemerkt daher, was auch hier paßt, *Ayrer* in diss. mox cit. §. 4. sehr richtig: „Videntur sane prolatarum opinionum auctores, *potestatem* principis cum illius *intentione* in lege explicata mirifice confudisse. Poterant „omnino iudicare, a nolle ad non posse minus recte conclusionem duci solere.“

gegen jene Justinianische Verordnung völlig rechtsgültig Dispensation statt haben. Eine solche Dispensation aber ist offenbar schon in Ertheilung der Legitimation selbst, auch ohne deren besondre Erwähnung d.), in der blosen Concession sämmtlicher Gerechtsame der ehelich gebohrnen enthalten, und darum, wo diese erwiesen ist, auch das Successionsrecht der solchergestalt legitimirten im allgemeinen nicht in Zweifel zu ziehen.

§. 4.

β.) affirmativ.

Andere gehen nun gerade von dem entgegengesetzten Standpuncte aus, und erklären die per rescriptum principis plene legitimirten für gänzlich successionsfähig, ohne die geringste Einschränkung ihres Erbrechts zum Vortheil der ehelich gebohrnen zu verstatten. Diese Meinung haben besonders Hr. Kanzler *Koch* in succesione ab intestato. §. 29. und *Ayrer* in diss. de rescripto legitimationis principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extent. Goetting. 1748. vertheidigt. Jener setzt zwar bey seiner Behauptung den Umstand stets zum voraus, daß in dem Legitimationsrescript die Clausel enthalten sey: legitimis liberis non obstantibus; und Ayrer verlangt, daß dasselbe bestimmt auf die Successionsbefugniß gerichtet sey. Wie wenig Wirkung aber dieses hat, und wie gänzlich überflüssig

---

d.) Daß der Landesherr die Existenz der ehelichen Kinder gewußt habe, wird freilich stets vorausgesetzt, widrigenfalls das Legitimationsrescript, als sub- et obreptitie erschlichen, überhaupt keine Krafft hat.

flüssig überhaupt dergleichen Clauseln zu betrachten sind, wenn nur die ausserdem gebrauchten Ausdrücke über den Willen des Landesherrn, *plene* zu legitimiren, keinen Zweifel lassen, und ihm dabey nur das Vorhandenseyn der ehelichen Kinder bekannt war, werde ich unten näher auseinandersetzen. Hier nur die Wiederlegung des Hauptsatzes selbst. Ayrer legt dabey folgende Argumentation zum Grunde: Ein Landesherr ist durchaus an die vorhandnen Gesetze nicht gebunden, ihm steht es frey, solche abzuändern und aufzuheben, so oft er will, und für ihn kann daher auch die Erklärung Justinians, nur bey dem Mangel ehelicher Kinder, den illegitimen deren Rechte zu ertheilen, nicht verbindlich seyn. Seine Befugniß, uneheliche Kinder zu legitimiren, gehet sogar soweit, daß er dabey nicht einmal auf die bey einer solchen Legitimation vielleicht in Collision kommenden Gerechtsame der ehelichen Kinder in Ansehung ihres Pflichttheils Rücksicht zu nehmen braucht; denn diese Gerechtsame beruhen nicht etwa auf Vertrag oder Uebereinkunft, sondern lediglich auf einem beneficio iuris civilis. Was aber gesetzlich verordnet ist, kann auch gesetzlich wieder aufgehoben werden, wie dies bey der Legitimation durch ein Rescript des Landesherrn wirklich geschieht. — Wem fällt aber bey diesem Raisonnement nicht sogleich die ungebundene und übermässige Ausdehnung des alten, aber gewiß nur mit Vorsicht zu gebrauchenden Grundsatzes: princeps legibus solutus est, in die Augen; wem wird es entgehen, zu welchen Ungerechtigkeiten unfehlbar dergleichen Principien führen müssen, und wie bey deren Anwendung, von der einem jedem Unterthan von dem Staate zu leistenden Sicherung seiner wohlerworbenen Rechte kaum etwas

mehr, als der blose Schatten, übrig bleiben werde? — Gewiß! solche Behauptungen bedürfen nicht einmal einer sehr ausführlichen Widerlegung, sie sind alzu offenbar unrichtig. Der, freilich im Römischen Gesetzbuche selbst schon enthaltne Satz: princeps legibus solutus est, läßt vernünftiger und rechtlicher Weise schlechterdings nur folgende zwey Erklärungsarten zu: 1.) der Regent ist, als solcher, an die Civilgesetze nicht gebunden, er selbst braucht sich nicht darnach beurtheilen zu lassen, weil dieselben nur in vim obligandi subditos gegeben sind, er aber kein Unterthan, und vielmehr, als Gesetzgeber, diesen hierin gerade entgegen zu setzen ist. 2.) Der Regent ist berechtigt, einmal gegebene Gesetze wieder aufzuheben, denn da ein jedes Gesetz nur dadurch gesetzliche Krafft erhält, weil es eine Vorschrift seines oberherrlichen Willens enthält, so versteht es sich von selbst, daß sobald dieser Willen aufhört, auch das Gesetz selbst, als dessen Abdruck, unverbindlich werden müsse. — So wie es aber in Ansehung jenes ersten Falles (sub 1.) eine unbestritne Wahrheit ist, daß die angegebene Regel nur solange gilt, als nicht der Regent selbst in irgend ein Privatverhältniß trit, und sich mit seinen Unterthanen in Privatgeschäffte einläßt, indem er alsdann in solcher Hinsicht, um nicht wohlerworbene Rechte zu kränken, selbst als privatus betrachtet werden muß, wie z. B. bey Kauff- und andern Contracten, bey testamentarischer Erbfolge ꝛc.; ebenso ist bey dem zweyten Falle gleichergestalt die Rücksicht wohl zu beherzigen, daß jene freie Befugniß bey Abändrung und Aufhebung von Gesetzen nicht dazu angewendet werde, Gerechtsame der Unterthanen, die während der Vollgül-

tigkeit jener früheren Normen und durch dieselben begründet wurden, denselben nunmehr wieder zu entziehen; und es ist daher (seltne Ausnahmsfälle ungerechnet) die erste Pflicht eines Gesetzgebers, bey Abfassung eines neuen oder Aufhebung eines alten Gesetzes die unter Beistimmung der vorherigen Gesetze früher erworbenen Gerechtsame der Unterthanen unverletzt zu erhalten, und seine Vorschrift erst auf spätere Handlungen derselben anzuwenden. Demnach könnte einem Regenten (wenn nicht auch hierbey in Ansehung teutscher Landesherrn die Qualität des Römischen Rechts, als recipirter Reichs Gesetzgebung, obstirt) zwar allenfalls zugestanden werden, die Verordnung des corporis iuris Romani, daß Kinder von ihren Eltern einen Pflichttheil zu fordern berechtigt sind, in seinen Staaten gänzlich abzuschaffen, allein solange dies noch nicht geschehen ist, erwirbt ein jedes Kind sogleich nach seiner Geburt ein vollkommnes Recht aus derselben, das ihm in der Folge nicht einmal durch eine alsdann erst geschehende gänzliche Aufhebung jener Verordnung, vielweniger durch eine einzelne Verfügung gegen dieselbe rechtlich wieder genommen werden kann. — Sollte hierbey jemanden der Einwurf einfallen, daß man doch eigentlich bey Lebzeiten des Vaters noch nicht sagen könne, es komme den ehelichen Kindern schon gegenwärtig ein ius quaesitum auf einen Theil von dessen Vermögen zu, so ist dieser Einwurf doch nur scheinbar. Freilich würde sich die Behauptung nicht vertheidigen lassen, daß ihnen an der Vermögensquantität, wie sich dieselbe tempore legitimationis im Eigenthum des Vaters befindet, auf einen bestimmten Theil ein Recht competire; dagegen würde vielmehr schon der Begriff des Pflichttheils und die dar-

aus

aus genommene Regel: quod viventis legitima non detur, mit Grunde obmovirt werden können; doch darf man auch eben diese Regel nicht zu weit ausdehnen, denn so unleugbar es ist, daß, solange der Vater lebt, sich niemals mit Gewißheit eine pars *quanta* bonorum als Betrag des Pflichttheils angeben läßt, mithin dieser als eine absolut bestimmte Summe gar nicht gedenkbar ist, eben so gewiß ist es doch zugleich, daß der Pflichttheil auch vivente patre einer relativen Bestimmung unterworfen sey. Die mehr oder minder große Anzahl der Kinder bestimmt nehmlich im Ganzen und im Einzelnen eine partem *quoram*, die denselben von des Vaters Vermögen zukommt, ohne alle Rücksicht auf dessen Gegenstand, ob dieser beträchlich oder unbedeutend ist. Und auf diesen relativ bestimmten Theil des väterlichen Vermögens, worin dies auch zur Zeit seines Todes bestehen mag, haben die Kinder ohne Zweifel ein ius, futurum quidem, sed quam maxime radicatum, welches ihnen, als in gesetzlicher Vorschrift gegründet, durch ein Factum des Vaters weder ganz entzogen, noch auf irgend eine Art geschmälert werden darf e.).

e.) Die nachherige Geburt mehrerer legitimen Kinder beweißt dagegen nichts, weil das Factum patris hier nur mediate und per consequentiam würkt, und überdies jene Kinder ihr concurrirendes Recht aus eben derselben gesetzlichen Vorschrift ableiten, mithin die etwa hierdurch entstehende Verminderung des Pflichttheils als eine natürliche Einschränkung des den früher gebohrnen Kindern zuständigen iuris futuri anzusehen ist.

§. 6.

b.) Andre hingegen verlangen einige Einschränkung wegen des Pflichttheils der ehelich gebohrnen.

Wenn von der einen Seite die Anhänger jener ersten Meinung (§. 3.) den legitimirten Kindern alles Successionsrecht gänzlich absprechen, und auf der andern die im vorigen § widerlegten Schriftsteller, dieselben in Ansehung ihres Erbrechts den legitimen durchaus und ohne alle Einschränkung gleichstellen wollen; so giebt es dagegen noch eine dritte Meinung, nach welcher plene legitimati per rescriptum principis, als solche zwar wirklich eine Successionsbefugniß erlangen, bey deren Ausübung aber nicht weiter gehen dürfen, als es die Unverletzbarkeit des den ehelich gebohrnen auf den zu hinterlassenden Pflichttheil einmal competirenden Rechts gestattet. Daß dies der einzig wahre Gesichtspunct sey, nach welchem die Erbfähigkeit der legitimirten zu beurtheilen steht, ist nach dem obigen wohl klar; inzwischen haben bisher selbst diejenigen, welche wirklich von eben diesem Gesichtspuncte ausgiengen, denselben dennoch nicht immer völlig richtig gefaßt. Man glaubte nehmlich, es müsse bey der Succession der illegitimen Kinder mit den legitimen diesen letzteren der ihnen gebührende Pflichttheil im Voraus zugetheilt, und als ein ihnen competirendes praecipuum von der Erbschaftsmasse vorweg genommen werden; erst nachdem dies geschehen sey, könnten die legitimirten mit zur Succession gelassen werden. Diese Meinung vertheidigt in einer eignen Abhandlung *Madihn* de legitime naturorum portione legitima in successione cum legitimatis. Hal. 1769. Und wenn gleich aus den Worten des 17ten §.

derselben: „legitima portio filiis legitime antea natis ex „testamento patris debetur salva, *non praecipua*“ zu erhellen scheint, daß es seine Absicht nicht gewesen sey, den legitimen Kindern zu verstatten, ihren Pflichttheil vor der Theilung der Erbschaft zum voraus wegzunehmen, sondern nur denselben unvermindert zu behaupten, so erklärt er sich dennoch im Verfolg (§ 32.) selbst näher dahin, daß er mit jenen Worten nichts weiter sagen wollen, als: es sey im Fall einer testamentarischen Disposition der Testator nicht verbunden, den legitimen Kindern ausser ihrem Pflichttheil noch eben so viel besonders auszusetzen, sondern es sey hinreichend, wenn das denselben zugewandte überhaupt nur die Summe ihres Pflichttheils ausmache; daß aber im Fall der Intestat-Erbfolge, (wovon jedoch eigentlich hier vorzüglich die Rede ist), die Vorausbezahlung des Pflichttheils allerdings eintrete. Dies halte ich für ganz unrichtig: der Grundsatz, welcher hier allein die Entscheidung für oder gegen die legitimirten Kinder leitet, ist Verhütung einer Beeinträchtigung von bereits gültig erworbenen Rechten andrer Personen (§. 1.). Der hierdurch begründeten Forderung geschieht aber schon ein vollkommnes Genüge, wenn dafür gesorgt wird, daß nur die ganze Summe dessen, was den ehelichen Kindern aus ihres Vaters Nachlaß zu Theil wird, so viel betrage, als der ihnen zukommende Pflichttheil; auf mehr, als diesen, competirt ihnen durchaus kein Recht, und es braucht daher bey der vorzunehmenden Erbvertheilung auf nichts weiter Rücksicht genommen zu werden, als daß nur, wenn solche nach Vorschrift des Erblassers oder der subsidiarisch verfügenden Gesetze geschehen ist, die hieraus entstehenden Portionen dem Be-

trag

trag des jenen competirenden Pflichttheils durchaus gleich kommen. Eine Vorausbezahlung dieses letzteren findet aber durchaus nicht statt, weil es an einem rechtlichen Grunde gänzlich fehlt, der für die legitimen Kinder eine solche Prärogative begründen sollte. — So erscheint demnach auch jene von Madihn ausgeführte Meinung irrig, und bleibt nur noch eine übrig, die mir denn auch die einzig richtige scheint.

§. 6.

III.) Richtige Meinung.

1.) thetisch dargestellt.

Ehe ich zu einer näheren Auseinandersetzung des Gegenstandes dieses Paragraphen übergehe, muß ich vorher bemerken, daß der Fall, wenn in dem Rescript des legitimirenden Landesherrn ganz ausdrücklich etwas über die vorliegende Streitfrage festgesetzt ist, alsdann lediglich hiernach entschieden werden müsse, da der unzweifelhaft erklärte Willen des Gesetzgebers jede freie Beurtheilung nothwendig ausschließt. Ist eine solche besondere Bestimmung negativen Inhalts, mithin gegen das Successionsrecht der legitimirten überhaupt entscheidend, so ist alsdann alles im Reinen, denn hier konnte der Landesherr, dem eine gänzliche Versagung der Legitimation frey stand, dieselbe ohne Zweifel unter jeder beliebigen Einschränkung zugestehn, und er hat in einem solchen Falle weiter nichts gethan, als einer freiwilligen Gnadenbezeugung mindere Wirkung beigelegt, wie dieselbe ausserdem wohl haben konnte. Geht hin-

gegen

gegen die ausdrückliche Verfügung darauf, daß die legitimirten Kinder mit den legitimen völlig gleiches Erbrecht genieſſen ſollen, ſo iſt dabey immer die möglichſte Vorſicht zu empfehlen; denn wenn gleich, ſobald die gebrauchten Ausdrücke keine andre Deutung zulaſſen, der Ausführung der darin erklärten oberherrlichen Willensmeinung nicht leicht etwas wird in den Weg gelegt werden können, ſo liegt doch dem Richter, der nach ſolcher Vorſchrift urtheilen ſoll, das Recht und die Verbindlichkeit ob, die nach dem obigen ungezweifelt ſtets darin enthaltne Ungerechtigkeit möglichſt zu mildern, und, wo es nur irgend angeht, die ganze Vorſchrift dahin zu deuten, daß nicht blos die ſtrenge Nothwendigkeit, dem oberherrlichen Befehl Folge zu leiſten, ſondern daneben auch die Ueberzeugung von deren Rechtlichkeit, ihr Autorität verſchaffe. So kann ich unmöglich zugeben, daß ſchon die Clauſel: liberis legitimis non obſtantibus, jene Wirkung hervorbringe, da deren Worte keinesweges eine ſolche Deutung nothwendig, vielmehr die im 4ten §. angeführten Gründe dieſelbe durchaus verwerflich machen. Dieſe Clauſel kann weiter nichts bewürken, als daß deren Anwendung die Exiſtenz einer legitimatio *plena* noch gewiſſer macht, ungeachtet ſie, ſo wie auch die im 4ten §. erwähnte Vorausſetzung Ayrers im Grund ohne beſondern Nutzen iſt, ſo bald nur die auſſerdem gewählten Ausdrücke darüber keinen Zweifel übrig laſſen, daß den legitimirten nicht blos die Rechte der ehelichen Geburt in Anſehung ihrer bürgerlichen Verhältniſſe, ſondern zugleich auch die vollen Familiengerechtſame ertheilt werden ſollen.

Unter

Unter dieser Voraussetzung nun halte ich dafür, daß alsdann zwar den legitimirten Kindern ihr Intestaterbrecht nicht abzusprechen, auch ihrem Vater bey einer letzten Willensverfügung auffer den ohnehin bekannten Vorschriften des gemeinen Rechts keine weitere Einschränkung aufzulegen sey, daß aber in dem einen, wie in dem andern Falle bey der Berechnung des ja ohnehin unverletzt zu erhaltenden Pflichttheils ein solcher Maasstab zum Grunde gelegt werde, daß daran durch das Hinzukommen der legitimirten Kinder keine Verminderung geschehe. Demnach ist lediglich darauf zu sehen, daß, wenn ab intestato oder nach einem sonst gültigen Testament die Erbfolge geschieht, die den legitimen Kindern zugetheilten Portionen, als *partes quotae* der Erbschaft betrachtet, nicht weniger betragen, wie sie zu der Zeit, als die unehelichen Kinder legitimirt wurden, betragen haben würden.

§. 7.

2.) In ihrem Gebrauch bey vorkommenden Fällen.

a.) blos mit Rücksicht auf die ehelichen Kinder.

Nimmt man, was ich im vorigen §. gesagt, mit demjenigen zusammen, was bereits oben am Ende des 4ten Paragraphen über die Beschaffenheit des bey Lebzeiten der Eltern deren Kinder competirenden Rechts auf den Pflichttheil weiter ausgeführt ist, so ergiebt sich daraus die Bestimmung, daß bey der gemeinschaftlichen Succession der legitimen und legitimirten Kinder die ersteren verlan-

langen können, daß ihnen auf irgend eine Art soviel zu Theil werde, als mit gänzlicher Entfernung der letzteren ihr Pflichttheil betragen würde. Es ist nehmlich bekannt daß bey einer gröseren Anzahl von Kindern sich der Pflichttheil im Ganzen vermehrt, aber im Einzelnen vermindert, und wird daher wegen dieses Princips die Vorsicht nothwendig, daß nicht etwa das Mitzählen der legitimirten Kinder bey der Berechnung des Pflichttheils im Einzelnen jenen mehr entziehe, als sie vielleicht durch deren Hinzukommen bey der Berechnung im Ganzen gewonnen, welches zwar nicht immer, aber auch nicht ganz selten der Fall seyn wird. Die Anführung der einzelnen hier möglichen Fälle wird dies am besten erläutern: I.) vermindert wird der Pflichttheil der legitimen Kinder immer dann, wenn etwa deren und der legitimirten so wenige sind, daß wenn man auch beide zusammenrechnet, ihr Pflichttheil im Ganzen doch nur ein Drittheil betragen, oder aber wenn der legitimen allein schon so viele sind, daß sie auch ohne das Hinzukommen der legitimirten die Hälfte des Vermögens als Pflichttheil erhalten würden; denn in beiden Fällen bleibt vor wie nach die zu vertheilende Summe gleich, zerfällt aber durch die gröfere Anzahl der daran Theilnehmenden in kleinere Portionen, z B. es sind 2 legitime Kinder, dazu kommen ebensoviele legitimirte; hier erhalten alle 4 doch nur ein Drittheil des ganzen Vermögens, dieses Drittheil aber, an dem vorher nur 2 participirten, geht jetzt in 4 Theile; und auf eben diese Art verhält es sich, wenn schon fünf oder mehr legitime Kinder da sind, und dazu noch eins oder einige legitimirt werden, denn sowohl jene allein als diese mit dazu gerechnet, erhalten zusammen die Hälfte,

woran aber jetzt mehrere, als vorhin, Antheil nehmen. — II.) Gleichgros und also unvermindert durch die Legitimation der unehelichen Kinder bleibt der den ehelich gebohrnen competirende Pflichttheil, wenn durch das Hinzukommen der legitimirten Kinder der vorher ein Drittheil betragende Pflichttheil auf die Hälfte erhöht wird, dennoch aber die durch die Mehrheit der Theilnehmer entstehenden kleineren Portionen der Hälfte nur gerade soviel betragen, als die vorherigen gröseren des Drittheils; z. B. es sind 4 legitime Kinder, und werden dazu 2 legitimirt; da betrug der Pflichttheil vorher im Ganzen ein Drittheil und es trug davon im Einzeln jedem ein Viertheil, mithin vom Ganzen 1/12, nun, da überhaupt 6 Kinder sind, erhalten diese zusammen 1/2 und davon jedes 1/6, mithin ebenfalls vom Ganzen 1/12. — III.) Der Pflichttheil der legitimen Kinder erhält einen Zuwachs alsdann, wenn derselbe vorher ein Drittheil betrug, durch das Hinzukommen der legitimirten zur Hälfte anwächst, und doch deren nur so wenige sind, daß bey der Vertheilung eine Portion von der Hälfte mehr beträgt, als vorher eine vom Drittheil; wird z. B. zu 4 vorhandnen ehelichen Kindern ein uneheliches legitimirt, so würden jene 4 nur 1/3 der Erbschaft und von diesem 1/3 jedes 1/4, also überhaupt 1/12 erhalten haben; jetzt hingegen bekommen die 5 zusammen die Hälfte, und von dieser Hälfte jedes 1/5, also überhaupt 1/10 des ganzen Vermögens, und folglich mehr, wie vorher.

Es entsteht nun noch die Frage, was alsdann, wenn sich ein oder der andre dieser Fälle ereignet, zu beobachten sey?

sey? — Gewöhnlicherweise wird die Entscheidung dieser Frage nur dann in Betracht kommen, wenn die ehelichen Kinder ausdrücklich auf den Pflichttheil gesetzt sind, oder ihnen durch testamentarische oder eine andre Verfügung ihres Vaters soviel entzogen ist, daß es ungewiß wird, ob ihnen der Pflichttheil unvermindert übrig bleibe; denn der Fall ist wohl äusserst selten, daß wenn es zur Intestaterbfolge kommt, hier durch die Menge der durch Legitimation concurrirenden Miterben die einzelnen Portionen bis unter den Betrag des sonstigen Pflichttheils herabsinkeu sollten f.), welcher Fall übrigens ebenso, wie jener zu entscheiden seyn würde. Dies vorausgesetzt, will ich mit dem interessantesten jener Fälle, wo nehmlich durch die den illegitimis ertheilte Succession der Pflichttheil der ehelichen Kinder lädirt wird (Num. I.), den Anfang machen. Man bestimme jetzt den Betrag der ganzen Verlassenschaft, wie sich dieselbe tempore mortis vorfindet, ohne alle Rücksicht darauf, wieviel sie vielleicht zur Zeit der Legitimation betrug, und von dieser Summe gebe man den ehelichen Kindern, je nachdem deren, die legitimirten nicht mitgerechnet, fünf oder weniger sind, die Hälfte oder ein Drittheil, welches sie allein dann unter sich theilen. Nur auf diese Art läßt sich bewürken, daß sie ganz soviel erhalten, als worauf ihnen, wären sie die

ein-

f.) Gedenkbar bleibt indessen ein solcher Fall immer, und würde namentlich schon dann eintreten, wann nur ein eheliches Kind vorhanden wäre, und dazu 3 legitimirt würden; indem nunmehr, statt daß sonst dessen Pflichttheil 1/3 des Ganzen betragen haben würde, die Intestaterbportion nur 1/4 desselben ausmacht.

einzigen gesetzlichen Erben, ein ius quaesitum zustehen würde. Der Ueberrest der Erbschaft wird aber nach der vorhandnen testamentarischen oder ausserdem nach gesetzlicher Vorschrift vertheilt, wobey jedoch, welches wohl in Acht zu nehmen, die ehelichen Kinder ihren erhaltnen Pflichttheil in die ihnen etwa weiter ertragende Erbportion wieder mit einzurechnen verbunden sind. — Der andre Fall, Num. II., wo der Pflichttheil sich gleich bleibt, man mag die legitimirten Kinder mitrechnen oder nicht, bedarf keiner besondren Entscheidung, da er an sich klar ist, indem da gar keine Rechte dritter Personen concurriren. — Im letztgedachten Falle aber, Num. III., wenn der Pflichttheil der legitimen Kinder, durch das den legitimirten ertheilte Cosuccessionsrecht, erhöhet wird, entstehet die Frage: ob es angehe, daß jene wirklich aus der Legitimation einen Vortheil ziehen, da doch sonst der Grundsatz gilt, daß jemand, ohne sich dem aus einem Geschäfft vielleicht entspringenden Schaden zu unterwerfen, auch keinen Vortheil darausziehen könne. — Diesem Grundsatz gemäs würde ich unterscheiden, ob entweder a.) der Vater die Kinder durch eine ausdrückliche Disposition auf den Pflichttheil gesetzt habe, oder ob dies b.) nur per consequentiam durch Vertheilung alles übrigen Vermögens an andre Personen geschehen sey. In jenem Falle *ad a.* können die ehelichen Kinder den durch die Concurrenz der legitimirten an ihrem Pflichttheil entstandnen Zuwachs ohne Zweifel verlangen. Die Natur der vollen Legitimation bringt es mit sich, daß sie den legitimirten alle Rechte der ehelich gebohrnen mittheilt. Kann sie, ausser dem Geschäfft selbst liegender Gründe halben, ihre vollen Wirkungen nicht haben, so müssen

die-

diese wenigstens dann erfolgen, wenn jene Einschränkungen cessiren. Und so ist dann der den ehelichen Kindern in dem vorliegenden Falle zukommende Vortheil nichts anders, als eine natürliche Folge der jetzt durch kein äusseres Hinderniß beschränkten und daher in ihrer vollen Krafft würkenden Legitimation. — Ganz anders aber verhält es sich mit dem Falle, der nun *ad b.* zu beurtheilen übrig ist. Hier, wo zwar ebensowenig äussere Umstände der Wirksamkeit der Legitimation entgegenstehn, kann sie schon ihrer Natur nach den legitimen Kindern keinen Nutzen schaffen. Der Willen des dieselbe veranlassenden Vaters ist die Hauptquelle der daraus abzuleitenden Befugnisse; nur soweit sich dieser erstreckt, können solche als rechtlich begründet angesehn werden. Es ändert aber eben diese väterliche Disposition, wodurch im vorliegenden Falle ein so grosser Theil des Vermögens andern Personen zugewendet ist, als eine willkührliche Bestimmung einer der mitmürkenden Personen betrachtet, selbst eine natürliche Eigenschaft der Legitimation, indem sie deren Wirkung, obwohl nur indirecte und per consequentiam auf die legitimirten Kinder selbst einschränkt. Der Vater konnte hier zwar die sonst in der Natur der Legitimation liegende völlige Gleichheit der Rechte der legitimen und legitimirten Kinder beibehalten, allein er wollte es nicht, wie dazu seine gegentheilige Disposition die gegründetste Präsumtion darbietet.

§. 8.

b.) in Ansehung der legitimirten.

Schließlich bleibt mir noch eine Frage zu erörtern übrig, die ich jedoch in einer kurzen Beantwortung genügend abfertigen zu können glaube; die nehmlich: wie in einem jener Fälle der Pflichttheil der legitimirten Kinder berechnet werden müsse? — Der Vater konnte durch die Legitimation den unehelichen Kindern alle Rechte seiner vorherigen legitimen Kinder ertheilen, insofern diese Rechte nur auf die legitimatos selbst ihre Wirkung äussern; er wollte es aber auch, da ja bey einer jeden von ihm zu bewerkstelligenden Legitimation völlige Gleichheit aller Kinder stets Hauptzweck seyn wird. Demnach werden bey Berechnung des Pflichttheils stets die ehelichen Kinder mitgezählt, mag ihnen auch dies zum Nachtheil oder Nutzen gereichen, mögen auch die legitimen Kinder ihren Pflichttheil separat oder in Gemeinschaft berechnen. Dies alles geht jene durchaus nichts an, da sie als später hinzugekommen, sich die Lage und Verhältnisse gefallen lassen müssen, die sie gerade bey ihrer Legitimation vorfinden. — Ein Beispiel zu diesem Falle ist zu auffallend, als daß ich es nicht noch besonders anführen sollte. Es kann sich nehmlich ereignen, daß der Pflichttheil der legitimirten Kinder mehr beträgt, als der der legitimen, dies nehmlich alsdann, wann zwar die Umstände so sind, daß durch das Mitzählen der legitimirten Kinder der Pflichttheil erhöhet werden würde, und demungeachtet die legitimen Kinder nicht berechtigt sind, jene bey Bestimmung dessen Betrags mitzurechnen, welches, wie oben gezeigt worden, von den legitimirten immer geschehen kann und

muß;

muß; z. B. es sind 4 eheliche und 1 legitimirtes Kind, von dem Vermögen hat der Vater fremden Personen so viel zugewendet, daß jenen so wenig, als diesen, der Pflichttheil übrig bleibt. Da werden freilich alle zu dessen Ergänzung berechtigt seyn, allein jene müssen ihn separat berechnen und erhalten also jedes 1/4 vom Drittheil des Ganzen, also 1/12; dieses aber, welches die 4 andern mitzählt, 1/5 von der Hälfte, mithin 1/10 von der ganzen Verlassenschaft.

Ueber

Ueber den wesentlichen Unterschied der adquisitiven und extinctiven Verjährung, desgleichen der letzteren und des Verlusts der Rechte durch Nichtgebrauch.

§. 1.

A.) Einleitung.

Es ist in der That nicht leicht, diese drey genannten Geschäffte durch so characteristische Merkmale von einander zu unterscheiden, daß dadurch ihre eigenthümliche Verschiedenheit sogleich deutlich in die Augen fiele. Sie haben, besonders nach der bisherigen Lehrart, so manches mit einander gemein, daß es wirklich weniger Schwierigkeiten hat, alle drey in einem Begriff zusammen zu fassen, als nur beide Gattungen der Verjährung durch eine gemeinschaftliche Definition dem Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch entgegenzustellen. So ist im allgemeinen die Bestimmung wohl richtig, daß unter allen dreyen Rechtsgeschäfften immer ein solcher Vorgang verstanden wird, wo nach gesetzlicher Vorschrift durch Bethätigung oder Unterlassung einer gewissen Handlung, während eines bestimmten Zeitraums, Rechte und

Ver-

Verbindlichkeiten gestiftet oder aufgehoben werden, die weder als eine natürliche, noch von den Interessenten beabsichtigte Folge derselben angesehen werden können; — allein weit schwieriger ists, durch Aufnehmung eines weiteren Merkmals in diesen allgemeinen Begriff den Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch daraus abzuscheiden. Sieht man nehmlich auf das Object, so unterscheidet sich derselbe dadurch zwar bestimmt genug von der extinctiven Verjährung, er hat es aber mit der adquisitiven völlig gemein; sieht man aber auf die Wirkung, so wird er dadurch wieder der adquisitiven Verjährung durchaus unähnlich und vielmehr der extinctiven gleichgestellt. Bey der adquisitiven Verjährung nehmlich, so wie bey dem interitu iuris per non usum ist es das in Frage seiende Recht selbst, welches quoad substantiam erworben oder verlohren wird, die extinctive Verjährung aber ist blos auf Klagen eingeschränkt, mithin deren Gegenstand nur die zuständige oder nicht zuständige Ausübung eines Rechts; dahingegen stimmen die beiden letzteren darin wieder gegen jene überein, daß sie den Verlust des Rechts oder der Klage, die ihren Gegenstand ausmachen, bewürken, die adquisitive Verjährung aber stets den Erwerb eines Rechts nach sich zieht. Darum wird es am besten seyn, von jedem dieser drey Geschäffte einzeln einen bestimmten Begriff anzugeben, woraus dann deren eigenthümliche Verschiedenheit sich von selbst ergeben wird.

§. 2.

B.) Begriff und allgemeine Unterscheidungszeichen:

a.) der beiden Gattungen von Verjährung:

α.) allgemeine Bemerkungen darüber.

Im Grunde geschieht diese Zusammenstellung beider Gattungen der Verjährung mehr, um ihre gänzliche Verschiedenheit zu zeigen, als weil sie ausser dem Nahmen und jenem ganz allgemeinen Character, noch sonst etwas mit einander gemein hätten. Im Gegentheil hat es sich vorhin gezeigt, daß vielmehr der non usus in einer Rücksicht wenigstens mit einer jeden dieser beiden Gattungen mehr übereinstimme, als beide unter sich, indem es nicht möglich war, eine Absonderung desselben aus der allgemeinen Definition aller drey Geschäffte zu bewürken, weil sonst jene beiden allein gestanden hätten, die doch unter einen gemeinschaftlichen Begriff gebracht werden müssen. Auch läßt sich in der That der wesentliche Unterschied dieser beiden Geschäffte in wenig Worten so deutlich und ungezweifelt einem jeden vor Augen legen, daß es mir wirklich oft unbegreiflich ist, wie zwischen zwey so ganz heterogenen Geschäfften eine so weit ausgeführte, zu so mancher unrichtigen Folgerung Veranlassung gewordene Vergleichung nur irgend einmal statt finden konnte. So war z B. diese unrichtige Vergleichung und Zusammenstellung Ursache eines Irthums in dem sogar *Hombergk* (in diff. de praescriptione extinctiva cum interitu iurium per non usum haud confundenda. Marb. 1750. §. 12.) verfiel, nehmlich eine

jede

jede Verjährung in gewissem Betracht für adquisitiv und zugleich in andrer Rücksicht für extinctiv zu halten, weil doch stets auf der einen Seite ein Recht erworben werde, welches auf der andern Seite verloren gieng. Nimmt man jene Ausdrücke so allgemein und ohne weiteren Zusatz, wie sie gewöhnlich gebraucht werden, so ist ein solcher Irthum gar leicht möglich. Die lateinische, zwar völlig unrichtige, aber nunmehr durch langen Gebrauch bereits allgemein geltend und üblich gewordene Benennung derselben: praescriptio adquisitiva und extinctiva sind so buchstäblich genommen nur gar zu leicht einer solchen Mißdeutung unterworfen. Will man sie einmal, wie bisher durchgängig geschehen, auch ferner beibehalten, so sollte man wenigstens nie vergessen, daß ihre adquisitive oder extinctive Eigenschaft sich bey beiden auf ein durchaus verschiedenes Object bezieht, man sollte darum lieber stets die doch dabey immer zu subintelligerenden Worte: *dominii* (vel alius iuris realis) adquisitiva, *actionum* extinctiva ausdrücklich hinzusetzen, wenn irgendwo eine durch deren Hinweglassung entstehende Mißdeutung zu besorgen wäre. Am besten aber wäre es, jene lateinischen Benennungen, so wenigstens, wie ich sie angeführt, wo möglich ganz zu verbannen, indem sie nach ihrer grammatischen Bedeutung das gar nicht bezeichnen, was man gewöhnlich darunter versteht, und überdas der Gebrauch dieser falschen Benennung bisher eine ganz vorzügliche Veranlassung war, den Gesichtspunct zu verrücken, woraus eigentlich dies rechtliche Institut stets zu beurtheilen ist. — Praescriptio heißt, wie schon jedes Pandecten-compendium lehrt, nichts anders, als eine Einrede; wie denn die Römischen Ge-

setze auch andre Einreden praescriptiones nennen, als z. B. die praescriptio rei iudicatae: l. 11. D. de exception. a.). Demnach also hieße praescriptio extinctiva nichts mehr und nichts weniger, als eine peremtorische Einrede überhaupt, eine jede Einrede, wodurch das Klagrecht, aus welchem Grund es auch sey, extinguirt, vernichtet wird; Unter praescriptio adquisitiva kann ich mir gar nichts denken, es würde durch: erwerbende Einrede übersetzt werden müssen, mit welchem Ausdruck ich aber durchaus keinen Sinn verbinden kann. — Reden die Römischen Gesetze von der Verjährung und bedienen sich da des Ausdrucks: praescriptio, so geschieht dies, (einzelne Fälle ausgenommen, wo sich derselbe auf das vorhergehende bezieht und darum auch ebenwohl ohne Nachtheil des Sinnes mit dem blosen Wort exceptio vertauscht werden könnte) nie anders, als mit dem Beiwort: temporalis oder temporis, und mit diesem Zusatz bezeichnen sie alsdann vollkommen richtig eine Einrede, die auf den Verlauf eines gewissen Zeitraums gegründet ist. So sagen sie: praescriptio longi et longissimi temporis, praescriptio triginta et quadraginta annorum, und bekanntlich hat ja der 3te Titel des 44ten Buchs der Pandecten, welcher grösstentheils von der Verjährung der Klagen handelt,

die

---

a.) cf. *Westenberg* principia iur. civ. sec. ord. Dig. *Lib.* XLIII. T. I. §. 43. *Cujacii* paratitla in Pand. *Lib* XLIII. Tit. I. §. 1. 3. et in Cod. *Lib.* VIII. Tit. 35. *Cocceji* in diss. prima de finibus bonae fidei in praescript, *Sect.* I. §. 3. in ej. exercitt. cur. Tit. I. disp. 91. C. H. Gros Geschichte der Verjährung nach Röm. Recht. 1ter Abschn. S. 36. *Homberg.* in diss. cit. §. 1.

die Ueberschrift: de diversis *temporalibus* praescriptionibus b.). Inzwischen darf man aus diesem letzteren Beispiel nicht etwa den Schluß ziehen, daß der Ausdruck: praescriptio temporalis nur von der Verjährung der Klagen gebraucht würde. Das ist keinesweges der Fall, wie schon die Titel des Codex: de praescriptione longi temporis, in quibus causis cessat longi temp. praescr., de praescript. 30 vel 40 ann. lehren, als in welchem letzteren von der erwerbenden Verjährung ebensowohl gehandelt wird; aber man bemerke dabey wohl, daß wenn bey der Verjährung der Klagen gerade das Wesentliche derselben in der gegebeneu Exception liegt, und diese der Form und dem Inhalte nach gerade dasjenige ist, was jene Verjährung constituirt und zu Stande bringt, dagegen bey der erwerbenden Verjährung die dabey statt findende Einrede eine gewöhnliche peremtorische Einrede ist, deren

ent-

b.) Vid. *Westenberg* l. c. Tit. III. §. 1. den besten Beweis, daß das Wort praescriptio auch in dieser Anwendung nichts weiter, als eine Einrede bezeichne, giebt ausser so vielen andern Stellen, worin dasselbe mit exceptio völlig gleich bedeutend und untermischt gebraucht wird, vorzüglich die l. 7. C. de praescr. 30 vel 40 ann., denn darin heißt es im 2ten und 3ten §: „Et sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori 30 annorum *exceptionem* opponi, sed locum esse 40 annorum *praescriptioni*, ——Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine posidentem posteriorem creditorem merito posse 30 annorum opponere *praescriptionem*; —— sin antem conjungere voluerit suae possessioni, quam post mortem debitoris habuit, etiam tempus, quo vivente debitore vel ipse creditor, vel communis,

entfernter Grund zwar ebenfalls in dem Ablauf einer gewissen gesetzlich vorgeschriebenen Zeit zu suchen ist, die aber zunächst keinesweges eine Folge von diesem, sondern unmittelbar von dem durch den Zeitverlauf erworbenen dinglichen Rechte ist. Doch davon mehr im folgenden §, hier nur noch ein paar Worte über die teutsche Benennung: adquisitive und extinctive Verjährung. Diese ist nicht ganz zu verwerfen, denn einestheils paßt der teutsche Ausdruck: Verjährung gar wohl auf beide Gattungen derselben und anderntheils sind auch mit ihm jene Beiwörter durchaus nicht unverträglich. Verjährung kann, sei-

---

nis debitor detinuit, tunc 40 annorum *exceptionis* iura tractari etc. §. 3. Eodem iure pro temporum computatione obſervando, et ſi poſterior creditor anteriori creditori offerri debitum paratus eſt, et is creditor longaevam poſſeſſionis *praeſcriptionem* opponere conatur". Desgleichen die l. 11. C. de praeſcript. longi temp., welche mit den Worten anfängt: ſuper longi temporis *praeſcriptione* und nachher in Beziehung hierauf ſagt: memorata longi temporis *exceptio*. cf. l. 4. l. 9. C. de praeſcript. 30 vel 40 ann. l. 1. § 2. C. de ann. praeſcr. Daraus aber erhellet, wie ſo ganz und gar unrichtig es ſey, wenn ſich *Wernher* in obſerv. for. T. I. P. I. obſ. 183. n. 18. T. III. P. I. obſ. 12. n. 254. P. III. obſ. 94. und *Böhmer* in iure eccl. T. I. *L.* II. Tit. XXVI. §. 58. ſogar des Ausdrucks bedienen: exceptio praeſcriptionis. Eben ſo wohl könnte man ſagen: praeſcriptio exceptionis und würde eins ſo wenig, wie das andre einen vernünftigen Sinn zulaſſen. Einrede der Verjährung kann man im Teutſchen wohl ſagen, aber im Lateiniſchen läßt ſich dies nicht anders geben, als: exceptio *ſive* praeſcriptio temporis.

seinem wörtlichen Sinne nach, einen jeden Vorgang bedeuten, wo der Ablauf einer gewissen nach Jahren berechneten Zeit rechtliche Wirkungen hervorbringt. So kann ich durch Verjährung erwerben, das heißt: vermöge eines langjährigen Besitzes mir dasjenige Recht zueignen, was ich so lange besessen; ich kann aber auch durch Verjährung ein Recht, eine Klage als erloschen betrachten, wenn nehmlich durch langjährige Unterlassung deren fernerer Gebrauch unstatthaft wird. Beides ist dem teutschen Sprachgebrauch nicht entgegen, so wie darnach auch der Ausdruck: verjähren, als Zeitwort gebraucht, kein Bedenken findet, dahingegen das lateinische Zeitwort: praescribere, obwohl (canonisch) gesetzlich, demungeachtet als etymologisch unrichtig, durchaus zu verwerfen ist.

§. 3.

β.) jede einzeln betrachtet.

Nach diesen zu Feststellung einer allgemeinen Ansicht überhaupt dienenden Bemerkungen, bestimme ich nunmehr die Begriffe und wesentlichsten Eigenschaften beider Gattungen der Verjährung folgendermaßen: I.) Adquisitive Verjährung ist diejenige Erwerbsart, vermittelst welcher blos durch den nach gesetzlicher Vorschrift qualificirten Besitz eines dinglichen Rechts dieses Recht selbst als eigen erworben wird: l. 3. D. de usurp. et usucap. - pr. I. de usucapionibus. Man sieht also hier lediglich auf den erwerbenden; ein in seiner Person sich ereignendes Factum begründet die Verjährung und ist dieses mit den erforderlichen Eigenschaften versehn, so wird

die,

dieselbe vollendet ohne alle Rücksicht auf etwaige Ansprüche eines andern, und ob diesem bey deren vernachlässigter Ausübung einige Schuld zur Last falle. Ebendaher aber ist es eine der vorzüglichsten Eigenschaften, welche die Gesetze zu einem die Verjährung erzeugenden Besitz voraussetzen, daß der Besitzende in der Ueberzeugung eines rechtmäsigen Besitzes gestanden, und von eines dritten näheren Ansprüchen einige Wissenschaft nicht gehabt habe — Ganz anders hingegen verhält es sich II.) mit der extinctiven Verjährung. Darunter verstehe ich die gesetzliche Bestimmung, vermöge welcher dem, der es versäumt, in bestimmter Frist von einer ihm zustehenden Klage Gebrauch zu machen, nach deren Ablauf die richterliche Hülfe versagt wird: l. 3. C. de praescript 30 vel 40 ann. — Um diese sogleich von der adquisitiven Verjährung ganz prăcis zu unterscheiden, so bemerke ich: 1.) jene ist ein modus adquirendi, eins der Mittel, wodurch Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht erworben wird; die extinctive Verjährung hingegen würkt in der Form einer Einrede, als allgemeines Rechtsmittel, um Klagen zu begegnen, die durch den Ablauf einer gewissen Zeit erloschen sind. 2.) Das Object, was bey dieser einzig in Betracht kommt, ist demnach eine schon zuständige Klage und deren beschränkte Fortdauer wegen unterlassener Persecution; bey jener hingegen ein noch gar nicht oder für den verjährenden wenigstens noch nicht vorhandnes dingliches Recht und dessen zu bewürkende Existenz durch präoccupirte Ausübung desselben; und folglich ist es 3.) zwar nicht ganz unrichtig, die adquisitive Verjährung in gewisser Rücksicht als extinctiv zu betrachten, dann nehmlich,

wann

wann das zu constituirende Recht vorher einem andern gehörte, dem es nun durch den neuen Erwerb entzogen, und also, durch die solchergestalt erfolgte Verändrung des Subjects, für seine Person aufgehoben und vernichtet wird; doch ist dies immer nur eine consecutive Wirkung, und Haupteigenheit derselben ist und bleibt es, daß durch sie ein positives Recht constituirt wird, welches, wenn es einmal da steht, nun agendo und excipiendo ausgeübt werden kann. — Geschieht dies letztere, so ist dann freilich das dem vorigen Inhaber des verjährten Rechts zuständige Klagrecht als erloschen anzusehen, da den verjährenden nach vollendeter Verjährung eine exceptio dominii etc. gegen jene Klage schützt, allein darum darf man jene Verjährung dennoch nicht extinctiv nennen, indem dies schon mehr für eine mittelbare Folge des erworbenen dinglichen Rechts, welches selbst unmittelbar aus der Verjährung entstand, als für eine directe Wirkung von dieser zu halten ist. — Dahingegen durch extinctive Verjährung wird nie ein Recht erworben, ihr endlicher Erfolg geht stets nur auf Erlöschung einer Klage, und so wird zwar wieder folgerungsweise von der andern Seite die durch jene Klage zu verfolgende Verbindlichkeit aufgehoben, allein dennoch läßt es sich, selbst in dem Falle, wo die Verbindlichkeit des verjährenden auf Restitution einer fremden Sache gieng, in keiner Rücksicht behaupten, daß demselben dadurch ein Recht erworben werde, mithin fällt hier durchaus alles adquisitive gänzlich weg. — Ein fernerer, schon vorhin angedeuteter Unterschied beider Gattungen der Verjährung in Ansehung der bona fides wird im 6ten §., wo nebst den folgenden, die mehr äusseren Unterscheidungszeichen der drey

genannten Geschäffte abgehandelt werden, seine besondre Erledigung finden.

§. 4.

b.) Vom Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch:

1.) Begriff desselben und Vergleichung mit der extinctiven Verjährung im allgemeinen:

*.) für sich betrachtet.

So wie bey der adquisitiven Verjährung nach dem obigen ein Recht erworben wird dadurch, daß es der, welchem solches rechtlich noch nicht competirte, unter gewissen Voraussetzungen eine Zeitlang ausübte; so kann im Gegentheil ein Recht auch dadurch verlohren werden, wenn jemand; dem dasselbe wirklich bisher zustand, dessen Ausübung eine Zeitlang völlig unterläßt; und dieser letztere Satz begründet dann den Begriff des vorliegenden rechtlichen Instituts. Man versteht mithin darunter diejenige gesetzliche Bestimmung, vermöge welcher Rechte, deren Ausübung der freien Willkühr des berechtigten unbeschränkt überlassen ist, wenn sie demungeachtet während eines gewissen Zeitraums im geringsten nicht ausgeübt wurden, demselben aus diesem Grunde völlig entzogen werden. Ein wesentliches Merkmal dieses Begriffs ist vorzüglich das, daß der Berechtigte ohne alle Schwierigkeit oder Hinderniß sich seines Rechts bedienen konnte; und daraus eigentlich muß sich die wahre Grenzlinie ergeben,

geben, welche dies Institut von der extinctiven Verjährung scheidet. Diese geht, was nie vergessen werden darf, lediglich immer auf Klagen und gründet sich auf deren Dauer; von der Dauer einer Klage kann jedoch nicht eher die Rede seyn, bis dieselbe einmal rechtlich entstanden, d. h. für den Berechtigten ein Klagrecht wirklich begründet ist: l. 3. C. de praescript. 30 vel 40 ann l. 1. §. 2. in f. C. de annali excepr., ein Klagrecht aber entsteht nur dadurch, daß der Verbundene seine Verbindlichkeit verletzte, bey deren Erfüllung in mora war. Ist dies, so läßt sich nicht mehr behaupten, dem Berechtigten habe eine völlig freie Ausübungsbefugniß zugestanden, er habe ohne alle Hinderung von seinem Rechte Gebrauch machen können. Denn die NichtErfüllung einer schuldigen Verbindlichkeit enthält in der That schon einen gewissen Widerspruch in sich, ein Widerstreben gegen das derselben gegenüberstehende Recht und setzt folglich den dadurch verletzten Berechtigten in die Lage, entweder richterliche Hülfe zu suchen, oder bey eigenmächtig fortgesetzter Exaction der verweigerten Leistung sich Unannehmlichkeiten mannichfacher Art blos zu stellen. In der Lage also kann von einem NichtGebrauch nicht mehr die Rede seyn, sondern ist nun der Verjährung gegen die solchergestalt begründete Klage Raum gegeben; dahingegen vor erfolgter Weigerung dieselbe wegen fehlenden Objects — der zu verjährenden Klage — noch völlig unstatthaft war, und vielmehr unter den nöthigen Voraussetzungen die rechtlichen Wirkungen des fortgesetzten NichtGebrauchs Anwendung finden konnten. — Hieraus also ergiebt sich im allgemeinen wohl deutlich genug das Verhältniß dieser beiden Rechtsinstitute gegen einander, jedoch bleibt mir

noch

noch eine Bedenklichkeit übrig, deren Inhalt und mögliche Hinwegräumung den Gegenstand des folgenden Paragraphen ausmachen wird.

§. 5.

ß.) daher genommene Entscheidung eines besonderen Falles.

Bey der Anwendung der im vorigen §. aufgestellten Grundsätze könnte jemanden der Fall zweifelhaft scheinen, wo einem andern ein gewisses Recht auf unbestimmte Zeit, allenfalls precario, eingeräumt ist, und ehe eine Aufkündigung erfolgt, oder nur sonst des concedirten Gegenstandes erwähnt wird, 30 Jahre verstreichen, nach deren Verlauf der Concedent seine Verwilligung zurückziehen will; z. B. es giebt jemand einem andern ein Darlehn, ausdrücklich als solches, jedoch ohne Zinsen und ohne weitere Bestimmung der Zeit der Zurückgabe, als der einer vorhergeschehenden Aufkündigung. Dreyßig Jahre bleibt der Schuldner in ungestörtem Genuß des Geldes, und erst, als diese vorüber sind, mahnt ihn oder seine Erben der Glaubiger um dessen Zurückzahlung. Extinctive Verjährung kann hier dem Gläubiger selbst unter der Voraussetzung der vorhandnen bona fides, nach dem obigen, offenbar nicht opponirt werden, weil der Schuldner das Geld früher zurückzuzahlen nicht verbunden und folglich nicht in mora war, mithin es überhaupt noch an einem Klagrecht und ebendadurch an dem wesentlichsten Erfordernisse zur Möglichkeit der Verjährung mangelte. Aber wird denn, wenn auch die Verjährung hinwegfällt, der Schuldner nicht dennoch die Zurück-

zahlung

zahlung des Darlehns aus dem Grunde verweigern können, weil doch der Gläubiger während des sonst von den Gesetzen bestimmten Zeitraums von seinem Rechte keinen Gebrauch machte? — Fast scheint es so, inzwischen liegt demungeachtet in den Umständen des angeführten Falles selbst ein bestimmter Grund zu gegentheiliger Entscheidung. Es ist wahr, daß der Gläubiger ein ihm zustehendes Recht solange Zeit hindurch unbenutzt lies, indessen muß die Beantwortung der Frage: warum er dies that?, sogleich auch für die unverminderte Fortdauer desselben entscheiden. Sieht man nehmlich vorerst auf das ohne Zweifel zunächst in Betracht kommende Revocationsrecht, so kann er dies aus dem sehr natürlichen Grunde nicht verlohren haben, weil er dessen Ausübung ganz ausdrücklich seinem freien Gutdünken vorbehielte, mithin deren bisherige Versäumung auf vertragsmäßiger Uebereinkunft beruhte und in der eigenthümlichen Beschaffenheit des ganzen Geschäffts selbst ihre Veranlassung fand. Oder wollte man den dem Gläubiger präjudicirlichen NichtGebrauch darin suchen, daß er den Gegenstand des Darlehns solange entbehrte und folglich das ihm daran zustehende Recht eine solange Zeit hindurch durch nichts geltend machte; so läßt sich dies auf zweifache Art beantworten. Einmal nehmlich kann man sagen: ihm stand, solange die Revocation nicht erfolgt war, die Befugniß nicht zu, jenes Recht auszuüben, indem er solches ja dem andern überlassen und sich solange seiner Gerechtsame völlig begeben hatte. Dann aber, und dies gilt vorzüglich von dem Falle, wenn res non fungibiles den Gegenstand des precarii ausmachten, läßt sich ebenso gegründet auch folgen-

des antworten: der Concedent übt eigentlich gerade dadurch, daß er den Gebrauch der Sache einem anderen überläßt, und hierdurch darüber disponirt, sein daran habendes Recht sehr sichtbar aus, denn der andre besitzt doch gegenwärtig nur für ihn, in seinem Nahmen, und übt das ihm blos quoad usum überlassene, quoad substantiam aber zurückbehaltne Recht, nur statt seiner aus.

§. 6.

2.) Bestimmung der demselben unterworfenen Gegenstände.

Schon aus dem angegebenen Begriff des Verlusts der Rechte durch Nicht Gebrauch und aus dem vorhin angegebenen characteristischen Merkmal desselben, daß er nur da statt finden kann, wo eine durch kein Hinderniß beschränkte und dennoch unterlassene Ausübung eines Rechts gedenkbar ist, ergiebt sich, daß derselbe keinesweges bey jeder Gattung von Gerechtsamen anwendbar sey, sondern daß diese gerade so geeignet seyn müssen, daß jenes Erforderniß überhaupt bey ihnen eintreten könne. Dahin gehören aber alleinigst nur solche Gerechtsame, deren gegenüberstehende Verbindlichkeiten entweder blos negativ sind, d. h. nur darauf gerichtet, daß der Verbundene ohne weitere selbstthätige Concurrenz eine Handlung des andern zulasse, die er ohne dessen darauf begründetes Recht ihm zu versagen befugt wäre; oder zwar positiv, jedoch so beschaffen, daß die von Seiten des Verbundenen schuldige Leistung nicht anders erfolgen kann, als wenn der Berechtigte dieselbe

aus-

ausdrücklich verlangt, daß mithin deren Exaction lediglich der freien Willkühr des Berechtigten überlassen ist, und von seiner Disposition abhängt. Der Grund davon ist klar: diese beide Gattungen von Rechten haben das eigne, daß der, gegen welchen sie (für seine Person oder als Besitzer einer einem solchen Rechte unterworfenen Sache) competiren, durchaus nicht eher zu etwas verbunden ist, als bis der Berechtigte zur Ausübung seines Rechts schreitet, mithin, solange dies noch nicht geschieht, auch bey dem von Seiten des Berechtigten hieraus entstehenden NichtGebrauch des Rechts keiner Verletzung seiner Verbindlichkeit beschuldigt werden kann. Aber eben diese Eigenheit, nach welcher nehmlich bey jenen Rechten ein NichtGebrauch statt finden kann, ohne daß darin zugleich von der andern Seite die NichtErfüllung der damit correspondirenden Verbindlichkeit, die ja ihrer Natur nach sich alsdann erst wirksam zeigen kann, wenn der andre sein Recht ausüben will, enthalten wäre — paßt auch nur auf diese beiden Gattungen von Rechten, und selbst hierauf nur solange, als nicht deren versuchte Ausübung durch eine Weigerung des Verbundenen einmal gehindert worden ist, denn dadurch nehmen auch sie den Character derjenigen, ohnehin schon weit gewöhnlicheren Gattung von Gerechtsamen an, wobey ein Verlust durch blosen NichtGebrauch unstatthaft ist. Dahin nehmlich gehören a.) alle diejenigen, welchen solche negative Verbindlichkeiten gegenüberstehen, die nur die Unterlassung einer sonst erlaubten Handlung zum Gegenstand haben, und welche folglich auch ohne einige Thätigkeit von Seiten des Berechtigten durch eine blose Beschränkung der Freiheit des Verbundenen ausgeübt werden: l. 6. D. de ser-

vit.

vit. praed. urban. Dann aber auch b) alle die Rechte, wodurch der, wegen welchem sie competiren, zu einer solchen positiven Leistung verbunden wird, die auch ohne vorgängige Mahnung nicht unterlassen werden kann, ohne schon dadurch jene Rechte wirklich zu verletzen. — Warum bey den sub a. erwähnten negativen Rechten, derselben Verlust durch Nicht-Gebrauch für unstatthaft erklärt wird, ergiebt sich aus dem eigenthümlichen Wesen derselben, denn da ihr Gegenstand lediglich in einer Unterlassung besteht, so werden sie gerade solange ausgeübt, als der Verbundene die ihm versagte Handlung nicht vornimmt, und läßt sich also auch solange ein Nicht-Gebrauch durchaus nicht behaupten; begeht er aber die Handlung dennoch, und der Berechtigte beruhigt sich dabey, so kann man jetzt zwar allerdings sagen, daß dieser von dem ihm zuständigen Recht keinen Gebrauch mache, allein dies kann jenem vorerst noch nicht helfen, denn eben durch seine rechtswidrige Handlung hat er sich einer Verletzung seiner Verbindlichkeit schuldig gemacht, und ist also mit denen, welche die Ausübung der zuerst erwähnten Rechte durch eine Weigerung hemmten, so wie mit denen, welche die sub b. angeführten Rechte durch Nicht-Erfüllung ihrer Verbindlichkeit verletzten, in eine Classe getreten; welche sich demnach alle auf einen Verlust der gegen sie competirenden Rechte wegen Nicht-Gebrauchs aus dem Grunde nicht mehr berufen können, weil derselbe nur da statthaft und anwendbar ist, wo dem, der ein wohlerworbenes Recht nicht ausübte, alles, dem aber, gegen welchen es hätte ausgeübt werden können, gar nichts zu imputiren steht. Denn wäre dies, so ist zugleich auch für den Berechtigten ein Klagrecht begründet, mithin nun

der

der Fall erschienen, wo die Dauer der jetzt entstandenen Klage abzuwarten, und diese allererst durch extinctive Verjährung zu entfernen ist: §. 4. doch davon unten mehr.

Hier jedoch noch eine Bemerkung, die ich unmöglich übergehen darf. Die Römischen Gesetze, wo sie auch des Verlusts der Rechte durch Nicht Gebrauch erwähnen, reden stets nur von Servituten, nie ist ein andres Recht der Gegenstand ihrer Entscheidung. Wozu also, könnte man fragen, alle in diesem Paragraphen enthaltnen allgemeinen Bestimmungen, die nothwendig zu dem Irthum führen, als wenn unter den vorausgesetzten Bedingungen jede Gattung von Gerechtsamen einem solchen modo amittendi unterworfen wäre. Der Einwurf ist nicht unbedeutend, aber dennoch nicht hinreichend, mich von der Unrichtigkeit oder wenigstens dem Unpassenden meiner Darstellung zu überzeugen. Vorerst nehmlich kann es, wenn wir auch ganz bey dem Buchstaben der Gesetze stehen bleiben wollen, unmöglich gleichgültig seyn, nach jenen Bestimmungen alsbald die Gründe einzusehn, warum gewisse Servituten dem Nicht Gebrauch unterworfen, andre demselben entzogen sind; zugleich aber auch darüber Gewißheit zu haben, welche derselben zu der einen oder andern Classe gehören. — Sodann aber möchte ich wohl fragen, wenn nun auch bey andern Gattungen von Befugnissen ganz die nehmlichen Umstände eintreten, als ich oben näher beschrieben, was könnte uns abhalten, auch auf sie einen analogen Schluß von den Servituten gelten zu lassen? — Ungewöhnlich, äusserst selten sogar werden dergleiche Fälle seyn, und das-

rum wahrscheinlich ist deren in dem corpore iuris Romani keine besondre Erwähnung geschehen; allein wenn nun ein dergleichen seltner Fall dennoch einmal einträte, so würden alle vernünftigen Gründe sicher dazu rathen, jene gesetzliche Verordnung auch auf ihn in gleicher Maaße anzuwenden. Dies ist wenigstens meine Ueberzeugung; wer sie nicht annehmen kann, mag bey dem zuerst genannten Rechtfertigungsgrunde stehen bleiben.

§. 7.

C.) Einzelne Verschiedenheiten derselben:

I.) Mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit der bona fides:

a.) bey der Verjährung.

Nichts ist gewöhnlicher, als daß da, wo die Erfordernisse der Verjährung angegeben werden sollen, unter diese bona fides oben an gestellt wird. Man sagt: nach heutigem Recht kann absque bona fide gar keine Verjährung vor sich gehen und beruhigt sich dabey, ohne weiter darnach zu fragen, wie sich dieser Satz mit den übrigen Eigenschaften und dem eigenthümlichen Wesen der Verjährung reimen lasse; und doch finde ich dabey gerade manchen Zweifel. — Daß, wie ich schon oben angeführt, zum gültigen Fortgang der adquisitiven Verjährung allerdings bona fides stets vorausgesetzt werde, ist unleugbar und der Sache völlig angemessen, indem die adquisitive Verjährung lediglich aus einem Facto des verjährenden ihre Entstehung erhält, von dem man daher mit

Recht

Recht fordern kann, daß er dabey nicht betrüglicherweise zu Werk gegangen sey, und eines andern rechtlichen Ansprüchen durch absichtliche Vorenthaltung der ihm gehörigen Sache wissentlich entgegengehandelt habe. Dahingegen sehe ich nicht ein, wie man eben dies Erforderniß der bona fides auch bey der extinctiven Verjährung, welche nur die Bestrafung einer von dem bisher Berechtigten verschuldeten Nachlässigkeit zum Zweck hat, als wesentlichen Bestandtheil betrachten, und sie demzufolge von demjenigen verlangen könne, zu dessen Vortheil die Aufhebung der vernachlässigten Klage gereicht, da dieselbe ja ganz ohne sein Zuthun vor sich geht, und er auch bey der vollständigsten Wissenschaft doch nur unterlassend fehlt, welches ihm aber um so weniger zu imputiren steht, als die Gesetze nirgends ein Präjudiz darauf setzen, wenn jemand eine auch noch so unbezweifelt schuldige Leistung dann zurückhält, wenn niemand sie von ihm fördert und ihn darum mahnt c.). — Und so war es denn auch nach Römischem Recht: die extinctive Verjährung ward durch den Ablauf des gesetzlichen Zeitraums vollendet, auch wenn dem Verbundenen seine Verbindlichkeit bestens

c,) Man wende dagegen nicht ein, daß dies auf den vorliegenden Fall nicht passe, weil da allerdings eine Mahnung vorhergegangen und ohne eine solche gar nicht einmal das Klagrecht begründet ist; denn so richtig auch diese Bemerkung ist, so schadet sie mir doch nicht, indem wenigstens nach jener ersten Mahnung, deren Nichtbefolgung die Gesetze ebenwenig mit einigem Nachtheil bedrohen, binnen der ganzen 30 Jahre, während welcher die Verjährung lauft, und wovon also allein hier die Rede ist, keine weitere Erinnerung erfolgt seyn darf.

bekannt war, ja es gab einige Gattungen dieser Verjährung, wo bey deren äusserst gedrängter Kürze bona fides des verjährenden gar nicht einmal gedenkbar war. Dies soll jedoch durch das canonische Recht abgeändert und dadurch bey jeder Art der Verjährung, sowohl extinctiver, als adquisitiver, die Abwesenheit aller Wissenschaft als ein Haupterforderniß festgesetzt seyn. So ganz unbedingt möchte ich dies inzwischen nicht zugeben, und die Voraussetzung der bona fides wenigstens nicht zu den wesentlichen Bedingungen der extinctiven Verjährung rechnen. Was ich eigentlich hierunter verstehe, und wie ich darüber denke, werde ich im nächstfolgenden Aufsatze und vorzüglich dessen 5ten §§ näher erläutern; wohin ich darum vor der Hand verweisen muß. Hier sey nur kürzlich das Resultat angegeben, daß nehmlich bona fides nach dem canonischen Recht allerdings stets vorausgesetzt wird, wenn die extinctive Verjährung in ihrer vollen Wirksamkeit erscheinen soll, mithin gewissermassen als Bedingung der extinctiven Verjährung anzusehen ist; jedoch nicht als eine innere Bedingung, als wesentliches Erforderniß, und eigentlicher Bestandtheil derselben, sondern vielmehr als eine ausserhalb liegende Voraussetzung, deren Mangel den Fortgang und die Vollendung der Verjährung an sich nicht hindert, sondern nur als ein ausser dem Wesen derselben liegendes impediens erscheint, und so mit resolutiver Krafft die Wirkungen wieder aufhebt, welche durch die wirklich absolvirte Verjährung schon einmal rechtlich begründet sind. — Bey anscheinend gleicher Wirkung könnte man dies für Wortstreit halten; inzwischen ist es das keinesweges, vielmehr hängen davon, wie sich im Verfolg zeigen wird, sehr auffallende Folgen ab. — Vorher aber

gehe

gehe ich zur Erörterung der Frage über: in wiefern auch bey dem interitu iuris per non usum bona fides erforderlich sey? —

§. 8.

b.) Beim Verlust der Rechte durch Nicht-Gebrauch.

α.) Widerlegung einer unrichtigen Meinung.

Verschiedene Rechtsgelehrten, insonderheit Pufendorf (in observ. iur. univ. T. III. obs 188.), glauben, es sey zur Statthaftigkeit der dem NichtGebrauch eines Rechts beigelegten extinctiven Wirkung nothwendig, daß der, gegen welchen das Recht competirte, die Zeit des NichtGebrauchs über in bona fide gewesen sey, weil jene, zumal nach dem neueren Recht des Codex nicht anders erfolgen könne, als wenn Letzterer zugleich eine usucapionem libertatis für sich allegiren könne, die jedoch bonam fidem stets voraus setze. Es kommt mithin hierbey lediglich darauf an, zu untersuchen, ob wirklich ohne das Eintreten der usucapio libertatis kein NichtGebrauch, als modus tollendi betrachtet, statt finden könne, ob also zu diesem Endzwecke beide nothwendig vereint gedacht werden müssen, beide zusammen nur Einen Act constituiren, und also für Eins gelten können? — Das ists, was ich verneine. Jene usucapio libertatis ist im Grunde nichts anders, als mit einiger Modification die gewöhnliche usucapio dominii d.), mithin der bekannte

Act,

d.) Die beste Erläuterung hierüber findet man in l. 32. §. 1. D. de servit. praed. urban.

Act, wodurch vermittelst des, auf einen zur Eigenthumsübertragung geschickten Titel gegründeten, und mit der Ueberzeugung der Rechtlichkeit 10—20 Jahre continuirten Besitzes eine fremde Sache dem bisherigen Besitzer als eigen erworben wird. Der einzige hierbey eintretende Unterschied beruhet mehr in facto, als in iure, und besteht darin, daß da jene Usucapion gewöhnlich den ganzen Inbegriff aller Eigenthumsgerechtsame zum Gegenstande hat, bey der sogenannten Usucapion der Freiheit dagegen nur ein Theil des Eigenthums, nur eine einzelne Wirkung desselben in Betracht kommt. Der Zweck von jener ist: ein Eigenthum erst zu erlangen, welches noch ganz und gar nicht, in keinem Theile, rechtlich begründet war; der Zweck von dieser aber, das nach seinen Hauptbestandtheilen schon wirklich zustehende Eigenthumsrecht als unbeschränkt und völlig frey zu erwerben. Daraus aber folgt, daß dieser modus, eine Servitut (es geschieht dies solchergestalt stets nur per indirectum) aufzuheben, etwas ganz und gar nicht ungewöhnliches, vielmehr auf den ersten und allgemeinsten Rechtsprincipien beruhendes sey: daß folglich dessen Anwendbarkeit sich schon von selbst verstand, auch wenn kein einziges Gesetz, worin vom iure servitutum die Rede ist, desselben ausdrücklich erwähnte. Reden also die Römischen Juristen, wie dies so oft und vielfältig geschieht, noch besonders von dem non usu servitutum, als einem eigenen modo amittendi derselben, so hatten sie dabey offenbar etwas anders im Sinn, wie denn auch dessen nähere Beschreibung in einzelnen Beispielen nicht weniger, als die öftere Gegeneinanderstellung mit der usucapione libertatis auf das deutlichste zu Tage legt,

daß

daß beide als zwey gänzlich separate Rechtsinstitute betrachtet wurden. In der That widersprechen sich auch beide zu auffallend, um nur an eine Verwechslung derselben denken zu können: die dabey vorauszusetzenden factischen Umstände ereignen sich schon den Begriffen beider, ja selbst deren Benennungen nach in ganz verschiedenen Subjecten, beruhen auf ganz verschiedenen Gründen, würken auf ganz verschiedene gerade entgegengesetzte Art, und setzen daher auch ganz verschiedene Erfordernisse voraus, unter denen sie mit Effect statt haben können. Zu der usucapione libertatis, wobey lediglich auf denjenigen Rücksicht genommen wird, welcher sich im Besitz des unbeschränkten Eigenthums befindet, werden alle diejenigen Eigenschaften nothwendig voraus gesetzt, welche als Bedingungen der Usucapion überhaupt bekannt sind, und welche deren Statthaftigkeit immer schon schwierig genug machen; hingegen bey dem Verlust eines Rechts durch Nicht Gebrauch, der durchaus keine andre persönliche Beziehung, als die auf den Berechtigten zuläßt: (Gros a. angef. Orte Seite 64.) dürfen alle jene Erfordernisse cessiren, es kommt hier auf gar nichts weiter, als auf das Factum des freiwilligen Nicht Gebrauchs von Seiten des Berechtigten an, und wo dies erwiesen ist, treten ohne weitere Schwierigkeit die damit verbundenen rechtlichen Folgen sogleich ein. So wenigstens verhielt es sich notorisch mit demjenigen non usu, den die älteren Römischen Juristen und nach ihnen die Gesetze der Pandecten und zum Theil auch des Codex, als Aufhebungsmittel der Servituten betrachteten; dies soll aber von Justinian in l. 16. §. 1. C. de usufructu, l. 13. C. de servit. aufgehoben, und dagegen in allen Fällen die usucapio libertatis,

tis, als einziger modus tollendi servitutes von der Art, festgesetzt seyn. Was vorerst jene erste Stelle betrifft, so kann ich immerhin zugeben, daß diese für den usumfructum ein solches Erforderniß begründe; denn einestheils scheinen die Worte derselben wirklich darauf hin zu weisen, anderntheils ist der in dem Gesetz angeführte Grund so passend, daß daraus gar wohl eine solche Ausnahme zu rechtfertigen steht. Der ususfructus nehmlich, als persönliche Servitut, wird stets dem usufructuario auf seine Lebenszeit eingeräumt. Schon dies sein eigenthümliches Wesen bringt es also mit sich, daß seine Dauer auf eine wenigstens relativ bestimmte Zeit festgesetzt ist e). Dies, und der daraus zu folgernde Schluß, daß der concedens solchemnach bestimmt gewollt habe, dem concessionarius solle sein ganzes Leben hindurch der Gebrauch des ihm concedirten Gegenstandes überlassen bleiben, läßt nicht wohl zu, daß dabey eine Einschränkung statt finde, welche einestheils ihn an dem ganz willkührlichen Genuß hindert, und ihm eine gewisse Gebrauchsart vorschreibt, anderntheils aber sogar die völlige Entbehrung eines Vortheils zur Folge haben kann, dessen Genuß doch seiner ursprünglichen und nothwendigen Bestimmung nach auf die ganze Lebensdauer des Berechtigten berechnet und verstattet war. Diese ganz eigne subjective Beziehung, welche

e.) Ohnehin ist seine Dauer längstens auf ein Menschenalter beschränkt, der ganze Vorgang nimmt seine Entstehung und erreicht sein Ende gröstentheils bey Lebzeiten der nehmlichen Personen, er ist also gewissermassen als eine unter denselben vorgehende Verhandlung zu betrachten, der man, ohne Treu und Glauben zu verletzen, nicht entgegenhandeln kann.

che eben bey dem usufructu eintrit, und bey diesem den Gesetzgeber sehr leicht veranlassen konnte, ihn von den bisherigen Rechtsgrundsätzen ausdrücklich auszunehmen, trit bey keiner einzigen der Realservituten ein, und es kann also deren Wirkung auch bey keiner von diesen in Anwendung gebracht werden, solange nicht durch ein ungezweifelt darüber entscheidendes Gesetz eine gleiche Abändrung in Ansehung jener aufs evidenteste erwiesen wird.

Pufendorf glaubt nun zwar eine solche Abändrung in der l. 13. C. de servitutibus wirklich zu finden; indessen kann ich hierin seiner Meinung nicht beitreten. Es ist wahr, daß die hierin mit dem non usu bey Realservituten vorgenommene Verändrung mit Hinweisung auf eine gleiche in l. 16. cit. in Ansehung des ususfructus gemachte Bestimmung geschehen ist, ich kann mich aber nicht überzeugen, daß die daraus zu entnehmende Gleichstellung beider Fälle auf etwas weiter, als die Zeitbestimmung Bezug haben sollte f.). Die oben angegebenen Verschiedenheiten der eigentlichen Verjährung und des non usus sind zu bedeutend, zumal was die dabey erforderlichen factischen Voraussetzungen betrifft zu folgenreich, als daß man, wo nicht eins dieser Rechtsinstitute dem andern ausdrücklich substituirt ist, eine solche Substitution wegen blos analogischer Argumente, die hier nicht einmal eintreten, und Aehnlichkeiten des Ausdrucks annehmen, oder gar bey solchen Decisionen, die nur von dem einen derselben reden, wegen einer zufälligen gar wohl anders zu deutenden Beziehung, auch das andre mit

ein-

f.) Man vergleiche: Gros a. a. O. S. 79 a. E.

einzumischen berechtigt wäre. Justinian redet in der allegirten l. 13. blos vom non usu, bedient sich dieses Ausdrucks selbst da noch, als er sich über die vorzunehmende Veränderung bereits erklärt, den neuen modum, der in Zukunft hierbey statt haben sollte, bereits vollständig angegeben hatte; zum offenbarsten Beweis, daß er den bisherigen non usum nicht gänzlich verwerfen, ihn vielmehr im wesentlichen ganz, wie vorhin, und mit den nehmlichen rechtlichen Wirkungen auch ferner belassen, nur zu deren Statthaftigkeit den Verlauf eines längeren Zeitraums erfordern wollte. Wäre es hingegen seine Absicht gewesen, diese bisherigen Wirkungen des non usus inskünftige nicht mehr gelten zu lassen, sondern für alle Fälle erst die vollendete Usucapion zu erfordern, so würde er dann gewiß jeden Ausdruck vermieden haben, der auf jene hindeutete, und der schon in seiner Benennung die Idee eines Vorgangs mit sich führte, der nur von Seiten des Berechtigten ohne alle Mitwirkung des Verbundenen sich ereignete, da die Usucapion hingegen nur in einer Handlung des Verbundenen allein ihr Fundament hat. Mireinander bestehen können nun einmal beide nicht. Erfordert man zum Verlust einer Servitut die Usucapion der Freiheit, so kann alsbald vom Nicht Gebrauch auch gar nicht mehr die Rede seyn. Usucapion der Freiheit ist, wie ich oben gezeigt habe, nichts anders, als eine species der gewöhnlichen adquisitiven Verjährung; um diese allein eintreten zu lassen, bedurfte es folglich keiner besonderen Verordnung. Usucapion der Freiheit und Nicht Gebrauch gemeinschaftlich zu erfordern, würde aber ein offenbarer Pleonasmus gewesen seyn; denn jene enthält wesentlich schon diesen, und er erscheint sogar

stets

stets bey derselbeu als eine, zwar nothwendige, aber sehr untergeordnete factische Voraussetzung. Demnach konnte Justinian die Usucapion der Freiheit nicht zu einer allgemeinen Bedingung des Verlusts einer Servitut durch Nicht Gebrauch machen, ohne damit zugleich diesen, als eignen modum tollendi, gänzlich abzuschaffen. Wollte er aber dies, so war es sehr unnöthig, erst weitläuftig die Erfordernisse zu beschreiben, unter denen nun ein Nicht Gebrauch aufhebende Krafft haben sollte; vollkommen den nehmlichen Zweck würde er durch eine ganz kurzgefaßte Verfügung, daß non usus als modus tollendi servitutes künftig unstatthaft seyn solle, ebenwohl erreicht haben, indem die usucapio libertatis als ein längst bestandenes Institut alsdann von selbst schon dessen Stelle einnahm. Wozu also die weitläuftige Dispostion der l. 13. cit., deren Ausdrücke, statt kurz und bündig die Absicht zu erklären, ein bisher gültiges Rechtsinstitut gänzlich aufzuheben, vielmehr, ohne einige Hinweisung auf eine solche auffallende Reform, durchgehends nur eine partielle Abändrung bemerklich machen. Nimmt man auch nur darauf Rücksicht, worin denn eigentlich die Streitfrage bestand, welche, wie die gebrauchten Ausdrücke lehren, durch das Gesetz entschieden werden sollte, so zeigt es sich deutlich, daß diese durchaus nicht das rechtliche Verhältniß der Usucapion und des Nichts Gebrauchs, die Bestimmung der gegenseitigen Grenzen und Statthaftigkeit dieser beiden Institute zum Gegenstand hatte, sondern daß lediglich einige Bedenklichkeiten in Ansehung des letzteren, die Zeitbestimmung von diesem, das eigentliche Moment ausmachten, worauf es dabey ankam. Diese wurden dadurch erledigt,

daß

daß dem Eintreten der extinctiven Kraft des Nicht Gebrauchs allgemein ein 10 oder 20 jähriger Zeitverlauf verstattet wurde; von weiter nöthigen Erfordernissen, wie solche die adquisitive Verjährung voraussetzt, war darin schlechterdings nicht die Rede. Daher glaube ich, als Resultat jener gesetzlichen Disposition das annehmen zu können, daß auch nach derselben der bisher statt gehabte Nicht Gebrauch als modus amittendi servitutem im wesentlichen und mit allen seinen bisherigen Eigenheiten auch ferner beibehalten, jedoch dahin modificirt ist, daß, um den sonst damit verknüpften Wirkungen völlig Raum zu geben, ein längerer Zeitraum, als bisher, nehmlich 20 bis 30 Jahre, erforderlich seyn sollte. — Man vergleiche übrigens noch den 15ten Paragraphen.

§. 9.

a.) Beweis, daß hierbey gegen die extinctive Verjährung allerdings eine Verschiedenheit eintrete.

Wenn bona fides bey jeder adquisitiven Verjährung unter die wesentlichsten Voraussetzungen zu rechnen, und auch bey der extinctiven, um wenigstens dieselbe in ihrer vollen Wirksamkeit erscheinen zu lassen, nicht minder nothwendig ist, so kann dagegen bey dem interitu iuris per non usum davon schlechterdings und in keinem Betracht die Rede seyn g.). Woher diese Verschiedenheit entstehe,

ist

g.) Cf. Gros Gesch. der Verjährung nach R. R. IIIter Abschn. S. 63. a. E.

ist in Ansehung der adquisitiven Verjährung wohl klar, indem diese aus einer Handlung des verjährenden selbst lediglich ihren Ursprung nimmt; dahingegen bey jenem Vorgang (dem non usu) derjenige, zu dessen Vortheil das Recht aufgehoben wird, dazu gänzlich nichts beiträgt. Es kommt also hier vorzüglich noch darauf an, die eigentlichen Gründe aufzusuchen, warum von dem Verlust eines Rechts durch Nicht Gebrauch in Ansehung der bona fides nicht wenigstens ebendas gelten soll, was in solcher Hinsicht zur extinctiven Verjährung erfordert wird. Und dies erläutere ich so: Bey der extinctiven Verjährung ist das factische Suppositum immer folgendes: Es ist jemand zu einer Leistung verbunden, er unterläßt diese und der Berechtigte versäumt deren Exaction. Da soll durch Zulassung der Verjährung zwar die Nachlässigkeit des letzteren bestraft werden; inzwischen, weil doch dabey auch zugleich von Seiten des Verpflichteten, wenn er der schuldigen Leistung wissentlich kein Genüge thut, immer auch gefehlt wird, so verweigern die Gesetze auf diesen Fall, das heißt also, wenn der verjährende in mala fide ist, demselben die Ausübung des durch des andern Nachlässigkeit erworbenen Rechts. Bey dem Verlust der Rechte durch Nicht Gebrauch ist dies ganz anders. Da ist von einer schuldigen und nicht erfolgten Leistung des einen Theils gar nicht die Rede, sondern das zu supponirende Factum besteht vielmehr darin, daß jemand gegen einen andern ein Recht erworben habe, dessen Ausübung jedoch von dem Berechtigten lediglich abhängt, und wozu eine Concurrenz des Verbundenen, dem vor der Hand nichts anders, als ungestörte Zulassung der Ausübung jenes Rechts obliegt, gar nicht oder erst dann wenigstens gedenk-

denkbar ist, wenn derselbe ausdrücklich dazu aufgefordert wurde. — Wird aber unter solchen Umständen die Ausübung seines erworbenen Rechtes von dem Berechtigten dennoch unterlassen, so fällt dabey alle Schuld lediglich auf ihn selbst, und man kann nicht sagen, der andre habe dabey eine Verbindlichkeit nicht erfüllt, sey in mora gewesen. Nein! er hat alles gethan, was von ihm verlangt werden konnte, wenn er nur die zur Ausübung jenes Rechts dienenden durchaus blos einseitigen Handlungen des Berechtigten oder dessen Aufforderung ruhig erwartete, und demselben dabey kein Hinderniß in den Weg legte. Unter solchen Umständen ist es dann gewiß vernünftiger Billigkeit vollkommen angemessen, daß wenn nun die Gesetze endlich auf die fortgesetzte Vernachlässigung eines solchen völlig freien, von dem verbundenen gänzlich unbehinderten Rechts, nach einem ansehnlichen Zeitraum den Verlust desselben verordnen, dabey nun auch die Wissenschaft dieses Letzteren keine Aendrung bewürke; ihm steht ja, da man ihm billigerweise doch nicht zumuthen kann, den andern zur Ausübung seines Rechts selbst anfzufordern, bey derselben Unterlassung schlechterdings nichts zu imputiren, mithin kann auch wirklich vorhandne mala fides, wenn anders hier, bey gänzlich ermangelnder Schuld, nicht sogar dieser Ausdruck am unrechten Orte steht, demselben nicht präjudiciren. Das Recht geht nach Ablauf des bestimmten Zeitraums verlohren, der Verbundne mag von dessen Existenz und Fortdauer Wissenschaft gehabt haben, oder nicht.

Und so scheint mir hieraus ein neues Unterscheidungs-Merkmal hervorzugehen, wodurch ich die drey hier in

Frage

Frage seienden Geschäffte ziemlich distinct separiren zu können glaube. Der nehmlich, welcher sich der adquisitiven Verjährung bedient, erwirbt ein ihm nicht zustehendes Recht blos darum, weil er es unter den gesetzlichen Bedingungen eine Zeit lang ungestört ausübte; der, gegen welchen sich auf den NichtGebrauch bezogen wird, verliert ein ihm zugestandnes Recht blos deshalb, weil er es eine Zeit lang freiwillig nicht ausübte; und bey der extinctiven Verjährung endlich wird dem, gegen welchen sie geltend gemacht werden kann, die zur Exaction einer ihm zu leistenden Verbindlichkeit dienende Klage versagt, und somit der andre eben dadurch von Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er dieselbe nur nicht absichtlich (mala fide) verzögerte, frey gesprochen. So näheren sich jene beiden, so durchaus verschieden sie unter sich, ihrer Hauptwirkung nach, sind, doch gegen die extinctive Verjährung wieder darin, daß bey jenen der eigentliche Gegenstand derselben stets ein positives Recht ist, auf dessen Erwerb oder Verlust es lediglich ankommt, bey dieser hingegen von Erfüllung einer Verbindlichkeit und deren Exaction die Rede ist, mithin bey jenen beiden auf den, welchem das Recht erworben oder genommen werden soll, bey dieser aber auf beide, den zu einer Leistung verbundnen sowohl, als den Berechtigten, Rücksicht zu nehmen ist.

§. 10.

II.) In Ansehung ihrer Entstehungszeit.

Soll nun ferner die Entstehungszeit dieser drey bisher erwähnten Geschäffte bestimmt, d. h. der Zeitpunct

angegeben werden, von welchem an ihre Dauer zu rechnen ist, so läßt sich dieser wohl im allgemeinen auf den Moment festsetzen, wo alle zu deren Fortgang rechtlich nothwendige Erfordernisse vereint zugegen sind; allein es bedarf diese allgemeine Bestimmung, um sie auf die einzelnen Fälle anwenden zu können, noch einer genaueren Zergliederung, wobey sich dann eine neue wesentliche Verschiedenheit der befragten Geschäffte ergeben wird. So wie es nehmlich bey der adquisitiven Verjährung, als deren einziger Entstehungsgrund ein unter den gesetzlichen Bedingungen continuirter Besitz ist, keinem Zweifel unterworfen bleibt, daß dieselbe alsdann sogleich ihren Anfang nehme, wann der Verjährende unter Begünstigung jener durch die Gesetze erforderten Bedingungen in den Besitz der zu verjährenden Sache kommt: l. 18. §. 2. D. quemadm. servit. amitt. eben so wenig Bedenken ist dabey, für die Dauer der extinctiven Verjährung und des interitus iuris per non usum, welche beide auf den Verlust eines gewissen Rechts abzwecken, als den wahren Entstehungspunct dasjenige Factum anzunehmen, wodurch der, dem das Recht genommen werden soll, zuerst in den Stand gesetzt wurde, dasselbe auszuüben; denn vernachlässigte Ausübung eine bestimmte Zeit hindurch ist ja bey beiden der eigentliche Grund des Verlusts, mithin auch die Dauer dieser Zeit von der Möglichkeit der Ausübung, als welche um überhaupt einige Imputation statt finden zu lassen, nothwendig vorausgesetzt werden muß, an zu rechnen. Beide unter sich aber haben jedes wieder seine besondre Grenze. Die extinctive Verjährung bestimmt die Dauer einer Klage und hat deren Verlust zur endlichen Absicht. Nothwendig also wird, um dieselbe Platz greiffen zu las-

sen,

sen, erfordert, daß die zu verjährende Klage zu ihrer rechtlichen Existenz schon wirklich gelangt sey, daß mithin dem, gegen welchen verjährt werden soll, ein Klagrecht competire (§. 4.), daß aber derselbe dieses ihm wirklich competirende Klagrecht nicht ausgeübt habe. Der wahre Entstehungspunct der extinctiven Verjährung coincidirt also mit der Entstehungszeit der zu verjährenden Klage, und so kann man die bekannte Rechtsregel als richtig annehmen: actioni nondum natae non currit praescriptio. Alle Voraussetzungen, die dazu erfordert werden, um sagen zu können, daß actio nata sey, müssen demnach vorhanden seyn, ehe die Verjährung derselben ihren Anfang nehmen kann, mithin ein ius praesens, haud quiescens, von Seiten dessen, gegen welchen verjährt wird; diesem Recht gegenüber: eine vollkommen begründete Verbindlichkeit, und dazu die unterlassene Erfüllung der letzteren. Daß diese Nicht Erfüllung wirkliche Verweigerung sey, wird gerade nicht immer, sondern nur dann erfordert, wenn jene Verbindlichkeit nicht sowohl eine bestimmte Leistung zum Gegenstande hatte, als vielmehr dahin gieng, daß der Verbundene etwas zulassen oder nicht thun darf, was er ausserdem zu versagen oder zu thun berechtigt wäre; oder aber, wenn zwar die Verbindlichkeit wirklich eine positive Handlung in sich faßt, deren Leistung jedoch dergestalt von der Willkühr des Berechtigten abhängt, daß dieser, ehe sie geschehen kann, vorher seinen Willen erklären muß. — In allen übrigen Fällen ist das Factum der Nicht Erfüllung dahin zu setzen, wann der Berechtigte die Leistung zu exigiren befugt wäre, mithin in diem praestationis venientem, und wird also nicht nothwendig vorausgesetzt, daß er sie wirklich gefordert habe. Beispiele

werden dies erläutern: Bey einer in non faciendo bestehenden Servitut oder wenn eine Sache auf unbestimmte Zeit in depositum oder in commodatum gegeben, so wie bey einem mutuo, wegen dessen Zurückzahlung nichts verabredet wurde, ist die Entstehung des Klagrechts und mithin auch der Anfang der Verjährung erst dann anzunehmen und von dem Moment an zu rechnen, wo der Berechtigte von der Servitut Gebrauch machen wollte, und der Verbundne ihm solches verwehrte, so wie wenn er das depositum, commodarum oder mutuum zurückforderte und jener es ihm verweigerte. Dahingegen, wenn bey den letztgenannten Geschäfften eine bestimmte Zeit der Zurückgabe verabredet ist, desgleichen in allen den Fällen, wo ihrer Natur nach die Erfüllung der Verbindlichkeit an eine gewisse Zeit gebunden ist, z. B. in der Regel beim Miethscontract die Zahlung des locarii, beim mutuo die Zahlung der Zinsen ꝛc. entsteht das Klagrecht, ohne weitere Mahnung sogleich mit dem Erscheinen des verabredeten oder sich von selbst verstehenden Termins, und beginnt also auch von da an die Dauer der Klage oder die Verjährungsfrist.

Durchaus anders verhält es sich aber auch hier mit dem Verlust der Rechte durch Nicht Gebrauch, indem gerade das Factum, welches den Anfang der extinctiven Verjährung lediglich bestimmt — Entstehung eines Klagrechts — auf den Nicht Gebrauch ganz entgegengesetzt würkt, indem sogleich, wie jenes Factum existirt, von diesem gar nicht mehr die Rede seyn kann. Haupteigenheit dieses Geschäffts ist nehmlich, wie oben ausgeführt (§. 4. 6.), daß das dadurch zu vernichtende Recht ein solches sey, bey dessen vernachlässigter Ausübung dem dadurch Verbundenen

schlechterdings nichts zu imputiren steht, es hat folglich dasselbe nur bey der ersten der beiden vorhin erwähnten Classen von Verbindlichkeiten, mithin derjenigen statt, welche nur im Leiden, oder im Begehen solcher Handlungen bestehen, deren Vornahme dem freien Willen des Berechtigten soseht überlassen ist, daß sie nur auf dessen vorherige Erinnerung unternommen werden können. Denn bey allen übrigen enthält die Nicht Erfüllung zugleich jedesmal eine Verweigerung, begründet mithin ein Klagrecht und giebt so dem Anfang der Verjährung Raum. — Es fällt also der Zeitpunct, von dem an die dem Nicht Gebrauch vorgeschriebene Dauer zu rechnen ist, in den Moment der Entstehung des aufzuhebenden Rechts und lauft solange fort, als dessen Ausübung von dem Verbundenen gänzlich unbehindert, dennoch von Seiten des Berechtigten völlig unterlassen wird. Lauft unter diesen Bedingungen der gesetzliche Zeitraum ab, ohne daß Letzterer die Ausübung seines Rechts versuchte, so ist es nunmehr durch diesen Nicht Gebrauch erloschen; übte er es einmal ohne des Verbundenen Widerspruch früher aus, so erhält er sich dasselbe dadurch wieder auf eine eben so lange Zeit hin, indem diese nun wieder von dem Act der Ausübung an zu rechnen ist; versucht er aber nur die Ausübung, und sie wird von dem Verbundenen verweigert, so hat dann, wenn gleich darnach der Berechtigte weit über den zum Verlust durch Nicht Gebrauch festgesetzten Zeitraum hin die Ausübung unterläßt, doch dieser nicht mehr statt, der Verbundne kann nun jenes Recht nicht eher als erloschen ansehn, bis dagegen eine rechtliche Verjährung vollendet ist. Man könnte hiergegen einwerfen, daß ja so der melioris conditionis sey, welcher das gegen

ihn competirende Recht durch ruhige Zulassung anerkennt, als derjenige, welcher durch seine dessen Ausübung entgegengestellte Protestation erklärt hat, daß er des andern Befugniß noch gar nicht einmal eingestehe, sondern durchaus in Abrede stelle; allein dieser Zweifel wird sich leicht heben, wenn man auf die oben hingeworfene Bemerkung zurückgeht, daß bey dem Interitu iuris per non usum lediglich auf den Berechtigten, ganz und gar aber nicht auf den Verbundenen gesehen wird. Hat nehmlich jener die völlig freie, durch kein Hinderniß erschwerte Ausübung eines ihm ohne Widerspruch competirenden Rechts eine so lange Zeit hin unterlassen, als die Gesetze ihm dazu freistellen, so entsteht daraus die billige Vermuthung, daß er davon auch ferner keinen Gebrauch machen wolle, und um in einem solchen Falle den Verbundenen nicht in Ungewißheit zu lassen, nehmen die Gesetze jene Vermuthung für Gewißheit an, und setzen auf eine so lange Verabsäumung wirklich den Verlust des vernachlässigten Rechts. War hingegen der Berechtigte Einmal an dem freien Gebrauch seines Rechts durch Widerspruch verhindert worden, so läßt sich eine freiwillige Entsagung aus dem fernern Nicht Gebrauch nicht wohl mehr folgern, denn man kann jetzt voraussetzen, der Berechtigte wolle gern sein Recht ausüben, wenn er könnte, und nicht nach der Einmal erfahrnen Prohibition nur Widersetzlichkeit und daraus zu besorgende Streitigkeiten zu erwarten hätte. Bey dieser Besorgniß bleibt ihm nichts übrig, als durch richterliche Hülfe sich Schutz zu verschaffen; diese zu imploriren, bleibt ihm aber unbenommen, solange nur die dazu dienende Klage dauert, und durch Verjährung nicht erloschen ist.

§. 11.

Fortsetzung; besonders mit Rücksicht auf die extinctive Verjährung, wo der Verbundne in mala fide war.

So zeigt sich aus dem Bishergesagten auch hier anffallend genug ein wesentlicher Unterschied des Verlusts eines Rechts durch Nicht Gebrauch von dem durch extinctive Verjährung; doch bleibt mir wegen letzterer noch die Beantwortung einer Frage nachzuholen übrig, die ich oben vorbeigieng, um nicht die Verbindung zu zerreissen, in die jene beiden Geschäffte durch Gegeneinanderstellung zu setzen meine Absicht war. Es ist dies nehmlich die: ob dann der von mir bestimmte Anfang der Verjährungszeit so ganz ohne Ausnahme auch dann Platz greiffe, wenn der Verjährende sich in mala fide befindet? — Meiner Meinung nach, gerechtfertigt durch die obige, am Ende des 7ten §., wiewohl nur remissiv, gegebene Erläuterung, ist diese Frage allerdings zu bejahen. Daß mir dabey das Römische Recht nicht im Wege stehe, bedarf hier kaum noch einer Erinnerung; desto mehr aber wird man das canonische Recht meiner Behauptung widersprechend glauben; es kommt also nun lediglich auf eine richtige Interpretation der in diesem wegen Verwerfung der mala fides enthaltnen gesetzlichen Vorschrift an: die Hauptstelle, welche hier als entscheidend in Betracht kommt, ist das cap. 20. X. de praescriptionibus, und vorzüglich dessen letzte Worte: „Unde oportet, ut qui praescribit, *in nulla temporis* „*parte* rei habeat conscientiam alienae". — Doch auch

hier,

hier, wie ich schon oben einmal gethan (§. 7), will ich nur im kurzen meine Meinung darüber anführen, und wegen der dieselbe unterstützenden Gründe, auf den 6ten §. der nachstehenden Abhandlung verweisen. Ich halte nehmlich dafür, daß nach der allegirten Stelle nichts weiter erfordert wird, als daß der, welcher sich der Verjährung selbst excipiendo bedienen will, für seine Person freilich in nulla temporis parte Wissenschaft von seiner Verbindlichkeit gehabt habe, daß es ihm aber nicht schade, wenn auch sein Vorgänger noch so lange in mala fide war; ich erkläre demnach die Stelle nach Anleitung des dieselbe veranlassenden Grundes (peccati evitatio), mehr subjectiv, als objectiv, mehr in Beziehung auf die ganze Zeit, während welcher der gegenwärtige Excipient für seine Person in dem Verbindlichkeitsnexu stand, und als Schuldner anzusehen war, als von der ganzen Zeit, welche überhaupt zur Vollendung der Verjährung objectiv erforderlich ist. — Demnach bleibt es bey meiner obigen Bestimmung, daß die Dauer einer Klage stets von dem Moment ihrer Entstehung zu rechnen ist; und findet dabey die Rücksicht nicht statt, ob der, gegen welchen die Klage competirt, in mala fide war, wie anfänglich mehrentheils der Fall seyn wird. Diesemungeachtet kann die Verjährung anfangen, fortlaufen und nahe zu ihrem Ende gelangen, wenn nur im letzten Moment noch, oder, genauer und richtiger gesagt, von Seiten dessen, der im letzten Moment eigentlich als der Verbundene anzusehen ist und von der Verjährung Gebrauch machen will, der Mangel aller Wissenschaft nicht zu bezweifeln steht.

So kann ich also nunmehr ohne weiteren Aufenthalt zu einer ferneren Eigenheit, welche die drey den Gegenstand dieser Abhandlung ausmachenden Geschäffte unterscheidet, übergehen.

§. 12.

III.) In Ansehung des durch die Concurrenz derselben bey einem und dem nehmlichen Falle eintretenden Verhältnisses:

a.) Ueberhaupt.

Bisher war eigentlich nur von den Verschiedenheiten der beiden Gattungen der Verjährung, und des Verlusts der Rechte durch Nicht-Gebrauch gegen einander in abstracto die Rede; jetzt kommt es darauf an, zu untersuchen, wie sich dieselben in der Anwendung auf einen bestimmten Fall gegen einander verhalten, und in wiefern dabey eine neben der andern statt finden könne, oder durch dieselbe gehemmt und unbrauchbar gemacht werde. — Im allgemeinen ist hierbey zu bemerken, daß es zwar Fälle geben kann, wo der ganzen Lage der Sache nach nur eines dieser drey genannten Institute gedenkbar ist; dies ereignet sich nehmlich unter gewissen Umständen mit der extinctiven Verjährung, bey weitem häufiger aber ist der Fall, daß zwey derselben, oder gar alle drey, bey dem nehmlichen Falle anwendbar sind, und daß nur die Wahl dessen, welcher davon Gebrauch machen will, für eins derselben entscheidet. Als sichere Regeln, wonach sich jene Verschiedenheit richtet, glaube ich folgende Bestimmungen angeben zu können: 1.) Ist

ein

ein Fall vorhanden, wo die extinctive Verjährung statthaft ist, so wird damit, zumal wenn die zu verjährende Klage eine dingliche ist, stets auch die adquisitive dergestalt verbunden seyn, daß es von dem Verbundenen abhängt, welcher er sich bedienen will; dergestalt nehmlich, daß er entweder von der zuerst vollendeten Gebrauch machen, oder erst den Ablauf der andern abwarten kann. Non usus ist mit der Entstehung der extinctiven Verjährung sogleich auf immer verbannt und daher steht die extinctive Verjährung in dem Falle ganz allein, wenn ihr Gegenstand eine persönliche Klage (die nicht gerade eine bestimmte eigenthumsfähige Sache zum Gegenstande hat), mithin eine Usucapion des damit zu verfolgenden Rechts seiner Natur nach unmöglich ist. 2) Die adquisitive Verjährung kann auf jede mögliche Art verbunden werden, nur absolut allein stehen kann sie nicht, d. h dergestalt, daß, wo sie eintrit, auch sogleich die Möglichkeit der extinctiven Verjährung und des non usus gänzlich hinwegfiele, wie es mit dem vorigen Beispiel bey Verjährung einer persönlichen Klage der Fall war; inzwischen geht es gar wohl an, daß in substrato die Umstände so geeignet sind, daß die adquisitive Verjährung eher vollendet ist, als die extinctive noch einmal ihren Anfang nehmen konnte, und und solchergestalt also diese aus dem Grunde auch gar keine Statt fand. — Möglicherweise aber kann die adquisitive Verjährung in Verbindung stehen: a.) mit der extinctiven Verjährung; vid. sub 1. b.) mit dem non usu, wenn das durch Verjährung zu erwerbende Recht zugleich ein solches ist, das nach dem obigen (§. 6.), überhaupt einem Verlust wegen Nicht Gebrauchs unterworfen seyn kann. c,) mit beiden, der extinctiven Verjährung

und

und dem non usu; dies nehmlich wie ich: 3.) bemerke, stets dann, wann überhaupt der Fall so geeignet ist, daß ein non usus zulässig seyn kann. Hierbey ist jedoch wohl zu bemerken, daß eine Concurrenz dieser drey Rechtsgeschäffte nur in sofern gedenkbar ist, als, solange die Zeit des non usus dauert, es immer noch unentschieden bleibt, ob er nicht durch die eintretende extinctive Verjährung unterbrochen werde; eigentlich neben einander bestehen können nur der non usus und die adquisitive Verjährung, die extinctive nur insofern, als deren mögliche Entstehung noch immer vorbehalten bleibt, und ihre Dazwischenkunft also nicht eher gänzlich ausgeschlossen wird, bis der dem non usu vorgeschriebene Zeitraum verflossen ist. Doch nun zu den einzelnen Verbindungen.

§. 13.

b.) Insonderheit.

α.) Concurrenz beider Gattungen der Verjährung:

1.) nach Grundsätzen beurtheilt.

Beide Gattungen der Verjährung sind in ihren Eigenschaften und Erfordernissen, besonders auch in Ansehung des für sie bestimmten Zeitraums zu sehr verschieden, und die bey einer jeden nothwendigen Voraussetzungen überhaupt zu sehr von einander abweichend, um sich nicht den Fall als möglich zu denken, wo zwar beide statthaft wären, jedoch die eine vollendet wird, ehe noch die andere ihren Anfang genommen, oder wenigstens ebenfalls zu ihrer Endschaft gediehen ist. Es kön-

nen

nen alle Voraussetzungen zu der einen vorhanden seyn, und fehlt noch etwas an denen zu der andern, es können auch alle Erfordernisse zu beiden da seyn, und die zu der einen erforderliche längere Zeit macht dennoch eine Trennung beider nothwendig. So geht es nehmlich a) gar wohl an, daß, da man bey der adquisitiven Verjährung nur auf den Erwerbenden selbst, bey der extinctiven nur auf den, welchem ein Klagrecht entzogen werden soll, Rücksicht nimmt, jene, wenn nur der Besitz des streitigen Gegenstandes unter den gesetzlichen Voraussetzungen 3, 10, oder 20 Jahre lang unterhalten wurde, nun dem Besitzenden das Eigenthum giebt, ehe noch von einer Verjährung der Vindicationsklage überhaupt die Rede seyn kann. Bisweilen hat die letztere sogar noch nicht einmal ihren Anfang genommen, dies nehmlich alsdann, wann das Recht des künftigen Klägers eventuell, und daher die zu dessen Persecution dienende Klage noch gar nicht zu gebrauchen (actio nondum nata: §. 10.) war. Manchmal hat sie, wo nehmlich dieses Hinderniß wegfällt, wirklich mit der adquisitiven oder doch bald nachher ihren Anfang genommen, jene aber bey ihrer gewöhnlich kürzeren Dauer lauft früher ab, und hebt nun diese auf. Hier ist es nehmlich Regel, wie die Natur der Sache selbst lehrt, daß sobald durch adquisitive Verjährung das Eigenthum, oder ein sonstiges dingliches Recht erworben ist, nun auch sogleich die auf dessen Persecution competirende Klage abgeschnitten wird. Die vollendete adquisitive Verjährung entscheidet nehmlich über die Substanz des Rechts selbst; und was kann also ferner eine Klage helfen, deren Gegenstand nicht mehr existirt, oder, was

hier

hier das nehmliche sagt, einem andern rechtlich erworben ist; sie muß nun per consequentiam erlöschen, ungeachtet eigentlich ihre Dauer noch nicht beendigt ist. Wollte man sie demungeachtet länger dauern lassen, so würde dadurch die adquisitive Verjährung fast so gut, wie ganz aufgehoben, wenigstens ihre Dauer in allen Fällen auf einen Zeitraum von mindestens 30 Jahren hinausgesetzt werden, welches jedoch den Gesetzen ganz zuwider ist, als welche dieselbe bey weitem am häufigsten durch den Ablauf von 3, 10 oder 20 Jahren für vollendet erklären. Folgen würde aber demungeachtet eine 30 jährige Dauer aus jener Behauptung; denn wenn man derselben gemäs, nicht zugeben wollte, daß durch die absolvirte adquisitive Verjährung zugleich das dem vorigen Eigenthümer zuständige Klagrecht, welches in der Regel freilich erst nach 30 Jahren verjährt wird, nun per consequentiam früher erlöschen müsse, so könnte, wenn auch wirklich jemand unter Begünstigung aller gesetzlichen Erfordernisse das Eigenthum einer Sache durch Verjährung längst erworben hätte, immer noch der vorige Eigenthümer, solange nur die zu Anstellung der ihm competirenden Vindications- oder sonstigen Klage verstatteten 30 Jahre noch nicht verflossen wären, seine alten Ansprüche gegen jenen geltend machen, und so ihm das durch die Verjährung erworbene Recht wieder entreissen, mithin seinen 3, 10, 20, ja vielleicht 30 jährigen doch sonst gehörig qualificirten Besitz gänzlich unwürksam und fruchtlos machen. Dagegen streiten Gesetze und Analogie, es muß also das Gegentheil angenommen und darnach entschieden werden. Dadurch aber erledigt sich der so oft wiederholte Streit über die Realklagen, welcher

nehm-

nehmlich hiernach dahin berichtigt wird, daß dieselben zwar allerdings ebensowohl, wie alle persönliche Klagen, als actiones perpetuae anzusehen sind, daß aber, im Fall ein andrer früher noch das damit zu verfolgende dingliche Recht durch Usucapion erworben hat, alsdann folgerungsweise auch ihre Dauer auf diesen Zeitpunct beschränkt wird; wiewohl nicht wegen eines aus ihrem eignen Wesen hervorgehenden Grundes, sondern weil durch Dazwischenkunft eines äusseren Impediments ihre fernere Zuständigkeit unnütz und ohne Wirksamkeit geworden ist h.). b.) Ebenso geschieht es bisweilen von der andern Seite, daß die extinctive Verjährung vor der adquisitiven beendigt wird; alsdann nehmlich, wenn der zur Klage Berechtigte dieselbe den bestimmten Zeitraum hindurch vernachlässigt und so verliert, ohne daß jedoch in dem bisherigen Besitzer des streitigen Gegenstandes die Bedingungen zusammengetroffen wären, deren Coexistenz allererst den Erwerb durch Verjährung begründet, z. B. wenn es demselben an einem hinreichenden Titel fehlte, oder der frühere Besitzer in mala fide war, und so die Verjährung erst in späterer Zeit von einem solchen angefangen wurde, in dessen Person zuerst beide Erfordernisse vereint eintraten. (*Lauterbach* in coll. theoret. pract. Lib. XLI. Tit. III. §. 28.) Dieser hat dann zwar noch kein eignes Recht an der Sache, indem die abgelaufene extinctive Verjährung ihrer Natur nach keinen Erwerb mit sich führt, sondern nur gegen eine Klage schützt; allein er kann eben wegen dieser Eigenschaft derselben nun=

---

h.) Man vergleiche: *Rücker* de naturali et civili temporis computatione. cap. 5. §. 17. *Cocceji* in iure controv. Lib. XLIV, Tit. III. §. 2.

nunmehr einstweilen doch sich gegen alle Ansprüche des vorher Berechtigten, durch eine auf die vollendete Verjährung gegründete Einrede decken, und ist so durch Entfernung aller rechtlichen Angriffe wenigstens in den Stand gesetzt, durch fortgesetzten Besitz auch das in Frage seiende dingliche Recht selbst zu erwerben. Er muß also ferner auf die adquisitive Verjährung fortrechnen und kann diese erst nach Ablauf des von obigem Entstehungspunct an zu zählenden Zeitraums für vollendet halten; auch wird ihn hierbey der Vorwurf nicht mehr treffen, daß er durch die angestellte, jedoch durch die exceptionem temporis abgewiesene, Klage in malam fidem versetzt worden sey, denn da dem früheren Eigenthümer nach absolvirter extinctiven Verjährung kein Klagrecht mehr competirte, so konnte die Anstellung einer solchen gänzlich unstatthaft gewordenen Klage auch keine rechtliche Wirkung hervorbringen und also auch malam fidem nicht induciren; dem verjährenden steht vielmehr jetzt die gegründete Ueberzeugung zur Seite, daß er selbst gegenwärtig der besser Berechtigte sey, und Niemand weiter mit Recht einige Ansprüche an dem Gegenstande der Verjährung machen könne, da solche demjenigen, welchem sie am ersten zugestanden hätten, so eben gerichtlich aberkannt worden sind.—

So zeigt sich also hier abermals eine sehr sichtbare Verschiedenheit beider Gattungen der Verjährung darin, daß bey deren Concurrenz der frühere Ablauf der adquisitiven zugleich auch die extinctive absorbirt, dahingegen, wenn diese früher vollendet wird, ungeachtet deren längerer Dauer, dennoch jene annoch fortlaufen kann und muß, ehe sie den Verjährenden vollkommen in die Gerechtsame des vorhin Berechtigten einsetzt.

§. 14.

§. 14.

2.) Auf Beispiele angewendet.

Zu besserer Beurtheilung des bisher gesagten werden Beispiele am zweckmässigsten dienen. So giebt, was den ersten Fall betrifft, nachstehender vorzüglich bey Lehngütern nicht gar selten eintretende Vorfall oft zu den weitläuftigsten Processen Anlaß, die nach den obigen Principien nicht so schwer zu entscheiden seyn werden.

Man nehme an: es geräth ein solches Gut zufällig oder durch eines der vorigen Besitzer vorsätzliche Handlung in die Hände solcher Personen, die zu der damit belehnten Familie nicht gehören, und mithin wegen dessen eigenthümlicher Qualität, als Lehngut, für rechtmässige Besitzer desselben eigentlich nicht gelten können. Durch mancherley Translationen, und eine fortgesetzte Behandlung desselben, als freien Allodialstücks, wird dasselbe endlich als solches betrachtet und dessen Lehnbarkeit kommt ganz in Vergessenheit. Erst nach langen Jahren nehmen Descendenten aus der eigentlich damit belehnten Familie das Gut in Anspruch, und wollen dasselbe als ein ex pacto et providentia majorum für sie bestimmtes und daher nur ihnen rechtmäßig competirendes Lehen vindiciren. Die gegenwärtigen Besitzer berufen sich auf die für sie vollendete Verjährung, die Belehnten wenden ein, daß erst vor kurzem die Succession auf sie devolvirt, mithin erst seitdem ihr Klagrecht entstanden sey, vor dessen Entstehung aber dasselbe nicht habe verjährt werden können. Gegen beider Behauptungen läßt sich in thesi nichts einwenden, welche wird

hier

hier den Vorzug erhalten? — Vollkommen recht haben die letzteren, wenn nur extinctive Verjährung es seyn sollte, mit der sich die Besitzer zu schützen gedenken, und durch die sie ihrer Gegner Klagrecht für erloschen erklären. Bey extinctiver Verjährung, die nach dem obigen ganz vorzüglich nur als poena negligentiae würken, mithin wo diese mangelt, auch gar nicht statt haben kann, gilt der Grundsatz ungezweifelt, quod actioni nondum natae non currat praescriptio. Allein steht nach meiner Voraussetzung den Beklagten auch adquisitive Verjährung zur Seite, sind alle Eigenschaften vereint zugegen, wodurch diese begründet wird, dann ist dadurch auch das vormalige Lehngut nun einmal allodial geworden, blos des dazu qualificirenden Besitzes wegen in das freie Eigenthum des bisherigen Inhabers gekommen, und wird nunmehr keine Rücksicht weiter darauf genommen, wenn etwa vorhin Rechte daran zugestanden, und was deren frühere Persecution verhindert habe. Die adquisitive Verjährung ist nach allen ihren Erfordernissen vollendet und so die extinctive durchaus unnöthig geworden; durch jene hat der Besitzer einmal das streitige Recht selbst erworben, und so ist folgerungsweise von der andern Seite das dem vorher Berechtigten zu dessen Persecution competirt habende ius agendi von selbst erloschen oder eigentlich unbrauchbar geworden, denn genau betrachtet kann er während der 30 Jahre noch immer klagen, allein seine Klage hilft ihm nichts, da das Object derselben längst auf eine rechtmäßige Art einem andern als eigen erworben ist, und dieser durch gegründete Exception seine ausserdem wohl fundirte Klage jederzeit zu elidiren im Stande ist. Dies scheint mir we-

nigstens die einzig richtige Ansicht, und kann auch, meines Erachtens, nicht anders entschieden werden, ohne dadurch zugleich alle adquisitive Verjährung gänzlich aufzuheben und unwürksam zu machen, indem, wenn selbst nach Absolution derselben, dennoch, um ihr die sonstigen rechtlichen Wirkungen beizulegen, auch erst der Ablauf der extinctiven Verjährung abgewartet werden müßte, der Zweck von jener gänzlich vereitelt würde.

Ein Beispiel zu dem zweiten Falle des vorigen Paragraphen wird nicht minder zu dessen Erläuterung nöthig seyn, zumal der Fall, wo jene Grundsätze in Anwendung kommen können, wegen der ohnehin langen Dauer der extinctiven Verjährung und der alsdann noch längeren der adquisitiven, welche doch über jene hinauslaufen soll, unter die seltneren gehören dürfte; inzwischen bleibt er immer möglich und darum interessant, wie folgendes Beispiel lehren wird: Es übt jemand eine ihm wissentlich nicht competirende Servitut aus, der serviens untersagt es ihm, jedoch ohne Wirkung. Inzwischen verkauft jener das Grundstück, woran dieselbe haftet, mit der Servitut, und nun setzt sein successor in der Meinung der Rechtmäßigkeit die Servitut immer fort. Dieser, als bonae fidei possessor, hat ohne Zweifel, seitdem er in Besitz gekommen, die (adquisitive) Verjährung angefangen, inzwischen ehe noch dieselbe vollendet ist, doch aber nach 30 Jahren erst seit der geschehenen Prohibition, klagt der bisherige serviens actione negatoria gegen den Käufer. Erworben hat dieser die Servitut eigentlich noch nicht, inzwischen schützt ihn eine Einrede der extinctiven Verjährung hinlänglich gegen des andern Ansprüche, der

zwar,

zwar, solange das ius in rem auf den Beklagten noch nicht übergegangen ist, in der That sein Recht noch nicht verlohren hat, dem es aber an einem Mittel fehlt, dasselbe auszuüben und zu verfolgen, da die hierzu dienende Klage durch den Ablauf der 30 Jahre einmal erloschen ist. Jener ist und bleibt indessen noch immer bloser Inhaber der Servitut, übt solche aus, nicht weil er eigentlich dazu berechtigt ist, sondern weil Niemanden ein ius contradicendi zusteht, und absolvirt so seine angefangene adquisitive Verjährung, da die nun erhaltne Wissenschaft, daß der serviens, ihn daran zu hindern, vorher berechtigt gewesen, es nun aber nicht mehr sey, seine bonam fidem zu stören keinesweges im Stande ist.

§. 15.

β.) Concurrenz der adquisitiven Verjährung und des NichtGebrauchs.

1.) allgemeine Bemerkungen darüber.

Daß, wenn hier von der adquisitiven Verjährung, als mit dem non usu in Verbindung stehend, geredet wird, darunter ganz vorzüglich die sogenannte usucapio libertatis zu verstehen sey, ist eine Bemerkung, die durch das obengesagte (§. 8.) hinlänglich vorbereitet, hier nicht mehr fremd seyn kann. Nur den Zusatz finde ich hierbey nöthig, daß zwar jedesmal, wo der NichtGebrauch seine aufhebende Kraft äussern kann, auch jene Usucapion der Freiheit unter Begünstigung der übrigen dabey vorauszusetzenden Umstände ebenwohl statthaft sey, daß man aber keinesweges umgekehrt schliessen dürfe. In gar vielen

Fällen, wo jene Usucapion der Freiheit würken kann, findet non usus durchaus nicht Platz, schon darum nicht, weil das in Frage stehende Recht seiner Natur nach so beschaffen ist, daß ein NichtGebrauch desselben (im vulgären Sinn) durchaus nicht anders gedenkbar ist, als wenn von Seiten des Verbundenen ein jenem Recht widersprechendes Factum vorgenommen und dies von dem Berechtigten zugelassen wurde; in welcher Lage jedoch der Fall sich lediglich zur extinctiven Verjährung eignet. Dies gilt insonderheit von allen denjenigen Gerechtsamen, welche nur auf eine Beschränkung der Freiheit des andern gerichtet sind, die mithin auch ohne eine Handlung des Berechtigten ausgeübt werden, und von denen, wenn man mit dem Begriff des Gebrauchs zugleich die Idee einer gewissen Thätigkeit, eines activen Handeln verknüpfen wollte, nicht unpassend gesagt werden könnte, quod usus eorum consistat in non usu. Die weitere Ausführung dieser Gedanken enthält der 6te Paragraph; darum hier nur noch die Bemerkung, daß unter diese Classe von Gerechtsamen ganz vorzüglich alle negativen Servituten gehören, von denen daher auch die Gesetze, was sich schon nach der Natur der Sache ganz von selbst verstanden hätte, auch noch ausdrücklich verordnen, daß bey ihnen nicht bloser non usus, sondern erst eine usucapio libertatis den Effect eines modi amittendi haben solle, denn nur von ihnen, keinesweges aber von allen servitutibus urbanis, wie Pufendorf (in observ, T. III. obs. 188. §. 7.) und andre glauben, reden die l. 6 l. 32. §. 1. D. de servit. praed. urb. l. 4. §. f. D. de usurp. et usuc., wie deren klarer Inhalt und ganz ungezweifelt auch die angehängten Beispiele beweisen.

Die-

Diesen Fall (der gänzlichen Unstatthaftigkeit des non usus; jedoch hier, wo von einer Concurrenz desselben mit der Usucapion gehandelt werden soll, übrigens gänzlich bey Seite gesetzt, glaube ich in Ansehung dieser im allgemeinen vielmehr auf folgende Puncte aufmerksam machen zu müssen: 1.) daß, wie schon erwähnt, immer dann, wann der non usus mit rechtlicher Wirkung eintreten kann, auch stets die mehrgedachte Usucapion statthaft, wenn auch nicht jedesmal in concreto anwendbar sey. 2.) Daß, wo beide wirklich zusammentreffen, alsdann der Fall in Ansehung seines äusseren Ganges demjenigen sehr ähnlich wird, der in dem vorigen Paragraphen erläutert ist, indem da sowohl, als bey der Concurrenz beider Gattungen der Verjährung ein Nebeneinanderlaufen beider statt haben, bey jenen sowohl wie bey diesen die eine früher als die andre anfangen, früher als die andre beendigt werden kann; daß aber 3.) sich hierbey sehr wesentliche Verschiedenheiten zu Tage legen, die vorzüglich in den besonderen Eigenheiten ihren Grund haben, welche den non usum von der extinctiven Verjährung unterscheiden; dahin rechne ich nehmlich a.) die kürzere und mit der hier anwendbaren adquisitiven Verjährung gleiche Dauer des Nicht Gebrauchs b.) den bey diesem letzteren zulässigen Mangel aller zu der extinctiven Verjährung nothwendigen Erfordernisse; und c.) die Verschiedenheit ihrer Wirkung, indem der non usus, mehr gleichförmig mit der adquisitiven Verjährung über die Substanz des Rechts definitiv entscheidet. — Die ausgezeichneten Folgen dieser Verschiedenheit werden sich nun bey einer genaueren Betrachtung der beiden hier möglichen Fälle deutlicher zeigen lassen. Vorher darf

ich jedoch das vorzüglichste Resultat derselben, zumal dies auf beide Fälle gleiche Anwendung leidet, nicht unberührt lassen. Es besteht dies nehmlich darin, daß da von diesen beiden Geschäfften, eins wie das andere, über die Zuständigkeit des streitigen Rechts eine endliche Entscheidung giebt, der Fall practisch gar nicht gedenkbar ist, daß eins derselben noch fortdauere, wenn das andre beendigt ist. So wie für das eine der bestimmte Zeitraum abgelaufen ist, wird auch sogleich der Lauf der andern sistirt; zwar nicht, weil sich demselben ein Hinderniß entgegengestellt hätte, das dessen rechtlicher Möglichkeit zuwider liefe, sondern weil der Gebrauch desselben nunmehr entbehrlich geworden ist, da der bey demselben beabsichtigte Zweck schon völlig erreicht ist. Ob ein gewisses Recht von Seiten des Berechtigten verlohren, oder ob dem bisher Verbundenen die Befreiung von demselben erworben wird, ist völlig einerley, und darum entscheidet auch stets die rechtliche Existenz des einen für beide. Aus diesem Grunde hat denn auch eine Störung, die sich bey dem einen ereignet, ein Hinderniß, das dem einen in den Weg trit oder wohl gar schon dessen Anfang unmöglich machte, nur insofern einige nachtheilige Wirkung in Ansehung des andern, als es auf gleiche Art (mehrentheils jedoch wohl aus verschiedenen Gründen) bey beiden eintrit, und so überhaupt die Aufhebung des Rechts ganz vereitelt oder wenigstens verzögert. Ohne dies aber kommt nichts darauf an, und es fällt mithin das Interesse hier beinahe gänzlich weg, was nach dem vorigen Paragraphen im Fall der Concurrenz beider Gattungen der Verjährung den verschiedenen Anfang, und die frühere oder spätere

Vol-

Vollendung von einer derselben so bemerkenswerth machte. Deswegen werde ich auch die beiden hieher gehörigen Fälle etwas kürzer fassen können, zumal ein anzuhängendes Beispiel darüber die beste Aufklärung geben wird.

§. 16.

2.) deren Anwendung im Einzelnen.

Die besonderen Fälle, wo die adquisitive Verjährung und der non usus zusammentreffen, ohne jedoch gänzlich pari passu mit einander fortzulaufen, sind folgende:

I.) Die adquisitive Verjährung wird absolvirt, ehe der non usus würken kann. — Bey weitem am häufigsten wird da, wo ein non usus als modus amittendi überhaupt statthaft ist, derselbe mit der Verjährung zugleich rechtliche Wirkung erlangen, indem er auf gleichen Zeitraum beschränkt ist, und noch weit weniger zu seiner Existenz bedarf, als jene. Nach dem gewöhnlichen Gang eines solchen Vorfalls wird daher, wenn sogar die zur Verjährung nöthigen Erfordernisse vorhanden sind, um so mehr auch jener eintreten, er wird mit der Verjährung, deren Möglichkeit ihn gewissermaßen schon voraussetzt, (§. 8.) zugleich anfangen, mit ihr stets fortlaufen, und zugleich mit ihr seine Endschaft erreichen. Inzwischen bleibt, wenn auch nur ausnahmsweise, der Fall doch auch immer möglich, wo die Verjährung wirklich absolvirt wird, ohne daß noch einmal von einem vorhandnen Nicht Gebrauch die Rede seyn konnte; dies nehmlich alsdann, wann zwar das befragte Recht an sich

ein

ein solches ist, das überhaupt als Gegenstand desselben betrachtet werden könnte (denn dies setze ich hier stets voraus), wobei aber dennoch die factischen Umstände so geeignet sind, daß man nicht mehr sagen kann, der freye Gebrauch desselben sey des Berechtigten Willkühr völlig überlassen gewesen, sondern daß ihm dabey von Seiten des Verbundenen ein Hinderniß in den Weg gelegt wurde. Eine eigentliche Verweigerung darf dies nicht seyn, denn dadurch würde, wenigstens in so fern mala fides begründet werden, als diese der adquisitiven Verjährung, die doch einmal nach meiner Voraussetzung als anwendbar angenommen wird, hinderlich seyn würde *i.*); inzwischen lassen sich auch noch andre Facta denken, die, zwar nicht diese letztere, wohl aber jene erstere Wirkung zur Folge haben; dahin gehören nehmlich solche, die zwar gegenwärtig ohne des Berechtigten Widerspruch unternommen werden, die aber dennoch ihm, wenn es ihm einfiele, von seinem Recht Gebrauch zu machen, daran verhindern würden. Das nachstehende Beispiel wird dies näser erläutern; die Folge einer solchen Lage aber ist, daß nunmehr der non usus dem Berechtigten nicht mehr zum Präjudiz gereichen kann, sondern allererst die von der andern Seite mit der Ueberzeugung der Rechtmäßigkeit jener Handlungen absolvirte Verjährung abgewartet werden muß, um ihn seines Rechts zu entsetzen.

II.) Der

---

i.) Dessen nicht einmal zu gedenken, daß nach einer solchen Verweigerung sogar der non usus selbst unwürksam gemacht, und erst der extinctiven Verjährung Raum gegeben würde: §. 10.

II.) Der non usus ist zu rechtlicher Würksamkeit gediehen, aber die adquisitive Verjährung ist noch nicht vollendet. — Dieser Fall, der im factischen keiner weiteren Erörterung bedarf, trit ein, wenn es bey einer vollkommenen Vernachlässigung des befragten Rechts von Seiten des Berechtigten dennoch in der Person des Verbundenen an irgend einer von deren zur Usucapion erforderlichen Bedingungen entweder gegenwärtig noch fehlt, oder wenigstens vorhin und solange fehlte, daß seitdem bis jetzt der festgesetzte Zeitraum noch nicht verflossen ist. Daß dieser Mangel übrigens auf den Verlust oder die Beibehaltung des streitigen Rechts keinen Einfluß hat, habe ich zwar schon oben bemerkt, allein vorzüglich wegen Pufendorfs gegentheiliger Meinung, welcher stets erst den Ablauf auch der adquisitiven Verjährung erfordert, finde ich noch folgende nähere Auseinandersetzung nöthig: vorerst erinnere ich mit Beziehung auf die im 8ten Paragraphen deshalb weiter gegebene Erläuterung widerholend hier nur daran, daß zur rechtlichen Existenz adquisitiver Verjährung ausser dem Ablauf einer gewissen Zeit, in Ansehung welcher freilich in neueren Zeiten der non usus ihr gleichgesetzt ist, auch noch gar manche andre Bedingungen vorausgesetzt werden, die dieser nicht bedarf, und es daher also gar wohl möglich ist, daß alle Erfordernisse zum non usu, die ohnehin sich auf so weniges beschränken, wirklich insgesammt vorhanden sind, und es demungeachtet, wenn von adquisitiver Verjährung die Rede ist, da noch an mancher nöthigen Voraussetzung fehle. In einem solchen Fall also kann jener (der non usus) früher vollendet werden, als diese, und es fragt sich alsdann, was nun in einem solchen Falle

Rech-

Rechtens sey? — Meiner Meinung nach ist da die Sache völlig entschieden. Setzen besondre Gesetze von dieser Regel eine Ausnahme fest, wie z. B. die l. 16. §. 1. C. de usufructu, so muß es freilich darnach gehen; allein ich rede auch nur davon, was Regel ist, und was ohne dergleichen Bestimmungen für besondre Fälle im allgemeinen aus der Natur beider Geschäffte gefolgert werden muß. Und darnach erhellet die Richtigkeit meiner Meinung aus folgendem: der Nicht Gebrauch im rechtlichen Sinne ist, für sich bestehend, ein wahrer modus amittendi iura antea fundata, er hebt das befragte Recht selbst auf, nicht blos, wie die extinctive Verjährung, dessen klagbare Wirkung. Ist aber dies, so bedarf es von Seiten des Verbundenen nichts weiter, indem die Natur des NichtGebrauchs und die Eigenheit der demselben unterworfenen Gerechtsame, wohin vorzüglich Servituten gehören, es mit sich bringt, daß ein andrer als negativer Erwerb von Seiten des letzteren nicht gedenkbar ist, alles aber, was er dabey erwerben kann, schon dadurch ihm vollständig zu Theil wird, wenn sein Gegner des gegen ihn zustehenden Rechts verlustig wird. Dies bewürkt der blose non usus ungezweifelt, und ist also nur der vollendet, so braucht man den Ablauf der adquisitiven Verjährung, die dann wegen Ermangelung irgend eines ihrer eigenthümlichen Erfordernisse vielleicht noch nicht einmal ihren Anfang genommen hat, keinesweges abzuwarten.

Zur Erläuterung des Ganzen noch folgendes Beispiel, das sich mit geringen Modificationen auf alle hier Bemerkten Fälle anwenden läßt. Es besitzt jemand als

Eigen-

Eigenthümer eine Wiese, auf der einem andern eine Hutgerechtigkeit als Servitut eingeräumt ist. Zehn Jahre hindurch behütet jener die durch Ankauf an ihn gekommene Wiese allein, ohne von jener Servitut etwas zu wissen; im 11ten will der Berechtigte sein Hutrecht ausüben. Hier hat jener offenbar durch den gehörig qualificirten Besitz des unbeschränkten Eigenthums der Wiese auch deren Benutzung usucapirt und als eigen erworben. Dies giebt ihm ein gegründetes Widerspruchsrecht gegen die verspäteten Ansprüche des andern; er hat aber nicht weniger fundatam intentionem, wenn er denselben wegen seines 10jährigen NichtGebrauchs abweißt; jene involvirt zugleich auch diesen und beide sind miteinander rechtlich vollendet. — Nun verändre man aber den Fall dahin, daß dem Wiesen Eigenthümer die Servitut wohl bekannt gewesen, daß er auch darum, das eigne Hüten ausgenommen, seine Wiese ganz unbenutzt stehen lassen, und überhaupt nichts vorgenommen habe, wodurch dem zur Servitut Berechtigten deren Ausübung irgend erschwert worden wäre, dieser aber demungeachtet während ganzer zehn Jahre davon keinen Gebrauch gemacht und sich in keinem Betracht als Inhaber derselben gerirt hätte; alsdann ist der Fall erschienen, wo die Servitut propter non usum verlohren geht, ungeachtet der in mala fide befindliche Wiesen Besitzer eine Befreiung von derselben usucapirt zu haben durchaus nicht behaupten kann. — Nimmt man endlich zu diesem Facto noch den Umstand hinzu, daß der dominus serviens bey der vollen Wissenschaft der gegen ihn competirenden Servitut, die Wiese auf eine andre Art benutzt habe, welche die Ausübung des Hutrechts gänzlich unmöglich machte, z. B. er verändert sie

ganz,

ganz, verwandelt sie in einen Acker ꝛc.; hier wird keins von beiden, nicht der non usus wegen der dem Berechtigten entzogenen Möglichkeit einer völlig willkührlichen Ausübung seines Rechts, aber eben sowenig eine Usucapion der Freiheit wegen ermangelnder bona fides statt finden können, sondern da nur ein Mittel zur Aufhebung der Servitut übrig bleiben, dessen ich im 18ten §. weiter erwähnen werde, — die extinctive Verjährung.

§. 17.

γ.) Concurrenz des NichtGebeauchs und der extinctiven Verjährung.

Auch diesen Fall habe ich bereits oben im 10ten Paragraphen dergestalt vorbereitet, daß die Hauptmomente, worauf es dabey vorzüglich ankommt, schon von daher gröstentheils bekannt sind. Man wird sich demzufolge erinnern, daß, um überhaupt dem non usu statt zu geben, noch an keine extinctive Verjährung muß gedacht werden können, daß hingegen, sobald sich ein gegebener Fall zur Berufung auf diese eignet, alsdann sogleich von jenem durchaus nicht mehr die Rede seyn könne. Aus diesem Grunde kann man gar wohl beide mit einander unverträglich nennen, indem nur eins an des andern Stelle treten, niemals beide nebeneinander bestehen können. Rede ich daher hier überhaupt von einer Zusammenstellung beider, so ist diese doch stets nur disjunctiv, unius positio alterius exclusio. Solange nehmlich dem Berechtigten eine völlig freie von Seiten des Verbundenen durch nichts beschränkte Wahl blieb, das ihm zuständige Recht auszuüben oder zu entbehren, so

lange

lange hat der freywillige Nicht Gebrauch die gesetzliche Zeit hindurch ohne Zweifel die Wirkung, daß dadurch das Recht verlohren geht; so wie aber jener an der Ausübung eben dieses Rechts nur ein einzigesmal durch den Verbundnen verhindert wurde, so schadet ihm nun dessen Nicht Gebrauch ferner nicht mehr, und es bedarf nun zur Befreiung des Letzteren nothwendig erst des Ablaufs derjenigen Verjährung, wodurch die auf Persecution jenes Rechts gegebene Klage beseitigt wird. Die Gründe davon habe ich im allegirten 10ten §. hinlänglich entwikkelt, der Satz selbst scheint keiner Bedenklichkeit unterworfen; ein Beispiel zu demselben dürfte mithin das einzige seyn, was zu völliger Erledigung dieses Gegenstands noch übrig wäre, und zu diesem Zwecke wähle ich folgendes: Ein Garten Besitzer räumt seinem Nachbar die Befugniß ein, durch seinen Garten nach dem anstoßenden Grundstück zu gehen. Die Thüre des Gartens steht immer offen, der Weg hindurch bleibt unversperrt, und dennoch läßt der Nachbar sein Recht beständig unbenutzt. So lange dieses also dauert, erzeugt sich daher ein Nicht Gebrauch, dem zur aufhebenden Kraft nichts weiter, als der Ablauf des gesetzlichen Zeitraumes mangelt; An extinctive Verjährung aber kann man durchaus nicht denken, denn es ist für den Berechtigten noch kein Klagrecht begründet, mithin kein Gegenstand vorhanden, der verjährt werden könnte. So wie aber nur einmal der Nachbar seinen Weg durch den Garten zu nehmen versuchte und dabey ihm eine Weigerung irgend einer Art entgegengestellt wurde, so ist der Nicht Gebrauch alsbald verschwunden, dagegen die actio confessoria begründet, und deren

Dauer folglich erst abzuwarten, ehe der serviens eine Befreiung von der Servitut für sich anführen kann.

Zum Schluß jedoch noch zwey Bemerkungen, die sich zwar eigentlich von selbst verstehen, vielleicht aber dennoch nicht ganz unzweckmäßig hier ihre Stelle finden. Die erste ist, daß da bey negativen Servituten non usus nach dem obigen gar nicht würken kann, zu deren Aufhebung stets nur extinctive Verjährung nach einer erfolgten Weigerung, oder adquisitive (usucapio libertatis), auch wohl schon vor einer solchen beitragen kann, wobey denn diese beiden gegeneinander ganz wieder in eben dem Verhältnisse stehn, wie solches bereits oben im 13ten §. auseinandergesetzt ist. — Die zweite Bemerkung aber geht dahin, daß völlig nach eben den Grundsätzen, als für beide Gattungen der Verjährung im Fall einer Concurrenz der so eben gedachte 13te §. aufstellt, gleichergestalt zwar alsdann, wenn der fortgesetzte NichtGebrauch den Verlust des unbenutzten Rechts einmal nach sich gezogen, damit die extinctive Verjährung zugleich auch auf immer unstatthaft gemacht wird, weil die auf Exaction der concedirten Befugniß gerichtete Klage durch den Verlust dieser Befugniß selbst, ebenfalls per consequentiam erlischt und unbrauchbar wird; daß aber im gegentheiligen Fall, wo nehmlich die extinctive Verjährung absolvirt ist, ohne daß ein rechtlich würkender NichtGebrauch vorhanden war, alsdann zu derselben dennoch erst ein solcher non usus oder von der andern Seite eine usucapio libertatis hinzukommen müsse, um den Verjährenden von dem gegen ihn competirenden Rechte selbst zu befrei-

freien, das durch jene noch keinesweges gänzlich aufgehoben, sondern nur seiner klagbaren Wirkung beraubt ist.

§. 18.

d) Concurrenz der adquisitiven und extinctiven Verjährung und zugleich auch des non usus.

Im Grunde ist dieser Fall von dem vorigen nicht sehr verschieden, ja es ist vielmehr ganz der nehmliche, nur mit dem Unterschiede, daß er dort nur einseitig aus einem bestimmten Gesichtspuncte betrachtet wurde, hier aber nach seinem ganzen Umfange zu beurtheilen seyn wird. Alle drey Seiten desselben lassen sich in der Kürze nachfolgendermaßen zusammen fassen. Findet sich der zur Verstattung eines gewissen Rechts Verbundene im völlig freien Besitz des jenem Rechte unterworfenen Gegenstandes und er continuirt diesen unbeschränkten Besitz die gesetzliche Zeit hindurch in gutem Glauben, so hat er die Befreiung davon usucapirt; fehlte es ihm an denen hierzu nöthigen Erfordernissen, aber der Berechtigte machte nur inzwischen von seiner Befugniß freiwillig keinen Gebrauch, so entsteht daraus abermals eine Aufhebung des befragten Rechts, die aber durch die entgegengesetzte Procedur zu Stande kommt; ist endlich auch sogar der Umstand nicht vorhanden, daß die Vernachlässigung des Rechts aus freier Willkühr geschah, dann bleibt dem Verbundenen nur der letzte Weg übrig, erst die gegen ihn competirende Klage durch extinctive Verjährung zu removiren. Wie sich diese drey Hülfsmittel in ihrem Gebrauch eins

zum

zum andern verhalten, erhellet schon deutlich genug aus dem in den beiden vorhergehenden Paragraphen gesagten und bedarf darum hier keiner weiteren Erwähnung; auch kann von daher ein passendes Beispiel ohne Mühe entlehnt werden. Allein diesemungeachtet bleibt mir noch ein Zweifel zur Beantwortung übrig, der mit gleichem Grund auch beim vorigen Paragraphen hätte erregt werden können, den ich aber erst hieher ziehe, weil er doch auch hier abermals statt finden würde.

Die l. 4. §. 27. D. de usurp. et usucap. stellt nehmlich die Behauptung auf, daß eine Servitut auch alsdann non utendo verlohren werden könne, wenn der serviens den Inhaber derselben mit Gewalt von deren Benutzung abgehalten habe; wäre aber dies gegründet, so würde dadurch die Grenzlinie gänzlich vernichtet werden, die ich als wesentliches Unterscheidungszeichen des non usus von der extinctiven Verjährung angegeben habe. — Gegen die Richtigkeit dieser Verordnung läßt sich nichts sagen, denn das Gesetz ist vollkommen deutlich; allein die Anwendbarkeit bezweifle ich dennoch aus folgenden Gründen: 1.) die meiner Meinung nach hier statt findende extinctive Verjährung hatte zu der Zeit, als das Gesetz verfaßt wurde, noch gar nicht die genauen Bestimmungen erhalten, welche dieselbe gegenwärtig hat, ihre Grenzen waren noch nicht so genau bestimmt und überhaupt nur ihr Gebrauch in seltnen Ausnahmsfällen anwendbar; wo ausdrückliche Gesetze gewissen Klagen eine Dauer vorschrieben; alle hierunter nicht begriffene Klagen hingegen waren perpetuell und gar keiner Verjährung unterworfen, wie denn für sie allererst in l. 3. C. de praescript. 30 vel

40 ann. eine bestimmtere Dauer festgesetzt wurde. Dahin gehörte folglich auch die actio confessoria, welche jenem am Gebrauche seiner Servitut verhinderten zugestanden haben würde. Was also Paulus damals für Recht hielte, um den Eigenthümer des Grundstücks nicht auf ewige Zeiten der Besorgniß einer gegen ihn anzustellenden Klage auszusetzen, kann nicht ferner gelten, nachdem diese Besorgniß durch andre Mittel völlig gehoben ist. 2.) Der Verfasser giebt überdies einen ganz falschen Grund seiner Entscheidung an, wodurch allein schon diese selbst, wenigstens verdächtig wird. Er glaubt, es könne kein Besitz der Servituten statt haben, wie schon Julianus in l. 23. D. de servit. praed. urban. behauptet hatte, und darum vertrete hier der non usus die Stelle der sonst eintretenden Usucapion. Beides ist nicht nur ungegründet, sondern würde auch zuviel beweisen: einestheils nehmlich hat man wenigstens in spätern Zeiten allerdings angenommen, daß auch res incorporales besessen würden, und andertheils ist es keinem Zweifel unterworfen, daß Servituten, besonders nach neuerem Recht durch Usucapion sowohl erworben, als verlohren werden konnten Daher ist jenes Gesetz entweder überhaupt als Antiquität zu betrachten, oder wenigstens darum nicht verbindlich, weil es mit dem non usu die Usucapion, als auf welche allein das Erforderniß des Besitzes und die Zeitbestimmung: per longum tempus lediglich anwendbar ist, offenbar gänzlich confundirt hat. — Sollte indessen diese Behauptung einer gänzlichen Ungültigkeit jenes Gesetzes, als zu gewaltsames Interpretationsmittel keine Billigung finden, so schlage ich, hauptsächlich durch die zunächst vorstehende Bemerkung darauf geleitet, auch noch folgende Erklärungs-

Art

art vor. Es befindet sich die allegirte Stelle in einem Titel der Pandecten, der lediglich von der Usucapion redet, in einem Gesetz, das in einer langen Reihe von Paragraphen nur Fälle hererzählt, in denen eine gewaltsame Besitzentsetzung geschehen war, und wo nun die Frage entschieden werden sollte: in wiefern eine solche Gewaltthätigkeit der Usucapion im Wege stehe? — Nachdem nun der Verfasser in einer Menge von Beispielen jene Frage dahin beantwortet hatte, daß unter solchen Umständen allerdings die Usucapion unstatthaft sey, fällt ihm endlich auch der Fall ein, der den Gegenstand des 27ten §. ausmacht. Hier erzählt er in den Worten: Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, ein Factum, welches, ausser der Anwendung auf Servituten, mit den vorhergehenden Beispielen zu sehr alles gemein hat, um über die eigentlich dabey vor Augen gehabte Streitfrage einigen Zweifel übrig zu lassen. — Die Rücksicht: ob in einem gegebenen Falle Usucapion oder non usus eintrete, kam hier durchaus nicht in Betracht; es war davon noch gar nicht die Rede gewesen. Vielmehr kam es hier nur darauf an, ob, was vorher so bestimmt entschieden war, daß nehmlich eine gewaltsame Besitzentsetzung der Usucapion schade, auch bey Servituten eintrete? — So war es also ein nur allein die Usucapion betreffender Streitpunct, der hier erörtert werden sollte, und aus diesem Gesichtspunct muß die gegebene Entscheidung, quod per longum tempus non utendo via amittatur, lediglich erklärt werden. Für den non usum im rechtlichen Verstande war damals das longum tempus noch nicht bestimmt, es paßte mithin, da diese Bestimmung erst durch eine viel spätere Verordnung der Kaiser

gege-

gegeben wurde, der Ausdruck: longum tempus auf ihn durchaus nicht. Usucapion hingegen ward gerade per longum tempus vollendet, und eigenthümlich für sie ward dieser Ausdruck gebraucht: l. 10. §. 1. l. 26. l. 31. pr. D. de usurp. et usucap. Daher also nehme ich die Worte: non utendo, in einem blos vulgären Sinn, und übersetze demnach jene Stelle mit einiger Umschreibung so: Wenn mir eine servitus viae über deinen fundum zusteht, und du mich davon mit Gewalt abhältst; so trit hier, wenn ich mich per longum tempus dabey beruhige und solange keinen Gebrauch von der Servitut mache, eine Usucapion ein, die den Verlust der Servitut mit sich führt. — So würde die ganze Verfügung mit meinen obigen Grundsätzen vollkommen übereinstimmen; es wäre dann in jenem Gesetz von dem non usu, als eignem modo tollendi gar nicht die Rede, vielmehr würde nur über die Statthaftigkeit der usucapio libertatis entschieden, und dabey der unterlassenen Ausübung von Seiten des Berechtigten, als einer subordinirten Voraussetzung zu dieser Usucapion (§. 8.), nur nebenbey Erwähnung gethan.

§. 19.

Schlußbemerkung.

Die Mißbilligung eines meiner Bekannten, den ich nach Vollendung des vorstehenden Aufsatzes denselben zu durchlesen bat, veranlaßt mich, hier noch etwas über den Zweck und die ganze Anlage desselben zu sagen, da ihm diese vorzüglich auffallend, und namentlich das Zusammenfassen so gänzlich verschiedener Gegenstände mit

einer richtigen LehrMethode unverträglich schien. Diesen Vorwurf von mir abzulehnen, bemerke ich daher noch folgendes:

Hätte ich bestimmt die Aufgabe vor mir gehabt, ein System des Römischen Rechts, unmittelbar aus dessen Quellen selbst geschöpft, zu entwerfen, oder auch nur als Theil desselben die hier einschlagenden Lehren nach gleicher Methode zu bearbeiten, so würde es mir nicht eingefallen seyn, jene drey bisher näher beurtheilten Rechtsinstitute nur entfernt in Verbindung zu setzen, oder gar, wie hier geschehen, dergestalt zusammenzufassen, daß es dadurch nothwendig wurde, für sie gemeinschaftlich einen Gattungsbegriff aufzusuchen. Denn die allgemeinen Merkmale, woraus dieser lediglich bestehen kann, mußten bey der sehr wesentlichen Verschiedenheit der darin zu umfassenden Geschäffte so unbestimmt ausfallen, daß damit für deren eigenthümliche Natur nur wenig entschieden ward. Es stehen auch in der That "die einzelnen Begriffe auf "zu verschiedenen Ecken des Systems", um bey einer blos theoretischen und streng systematischen Bearbeitung jener Lehren an eine zweckmäßige Verbindung derselben denken zu können.

Wenn ich indessen von diesem Zwecke einer rein systematischen Darstellung jener Lehren, so wie sie das Römische Recht, als einzig wahre Quelle, erfordert, einmal gänzlich absehe, da dies ohnehin der Meinige bey Entwerfung der vorstehenden Abhandlung nicht war, und nicht seyn konnte; so liegt doch, wie mir es scheint, ein andrer möglicher Gesichtspunct, von dem man bey jener

Ar-

Arbeit ebenwohl mit Nutzen ausgehen konnte, nicht allzu fern. Nehme ich die Lage der Sachen, wie sie gegenwärtig einmal ist, finde da beynahe in jedem Lehrbuch über Römisches Recht üaerhaupt und über Verjährung insbesondere, eine nicht blos vergleichende Nebeneinanderstellung, sondern sogar gänzliche Vermischung und zu den unrichtigsten Resultaten veranlassende Gleichstellung jener drey und vorzüglich der beiden ersteren Rechtsinstitute, höre von so vielen practischen Juristen, was auch schon Hombergk (in der im 2ten §. allegirten Abhandlung) annahm, den Satz behaupten: es komme bey dem Mangel eines wesentlichen Unterschieds blos auf die verschiedene Ansicht einer vorkommenden Verjährung an, ob man sie adquisitiv oder extinctiv nennen wolle, indem jede Verjährung demjenigen sein Recht entziehe, gegen welchen verjährt wird, und dagegen dem Verjährenden stets ein Recht ertheile, was ihm vorher nicht competirte; — habe ich dergleichen Urtheile aus eigner Erfahrung wiederholt bestätigt gefunden, so scheint dann wirklich eine so totale Reform, als jene oben erwähnten Voraussetzungen nothwendig machen würden, für jetzt noch allzu frühzeitig. — Um Vorurtheile abzuschaffen, muß man, dünkt mich: von diesen Vorurtheilen selbst ausgehn: und mit formeller Beibehaltung dessen, was zu denselben Veranlassung gab, durch eine fortschreitende Vergleichung der wahren und irrigen Meinung, durch genaues Herzählen der Aehnlichkeiten und Unähnlichkeiten beider, das Ungegründete der Letzteren zu zeigen suchen. Nur erst nach einer solchen Vorbereitung wird man, ohne weitere Schonung jener veralteten Vorurtheile, zur Aufführung eines neuen Werks mit gutem Erfolge schrei-

ten können. — Und in dieser Hinsicht schien mir auch im vorliegendem Falle mit weit gröserem practischen Nutzen vielmehr ein solches Verfahren anwendbar, wodurch von der einen Seite zwar allerdings noch die äusseren Aehnlichkeiten der verschiedenen Geschäffte sorgfältig aufgesucht und beibehalten werden, auch eben hierdurch die Möglichkeit nicht nur, sondern die wirklich veranlassenden Gründe jener irrigen Verwechslung anschaulich gemacht, dann aber zugleich durch eine ganz bestimmte Trennung derselben, sobald es auf ihre eigenthümliche Natur, auf ihre wesentlichsten Eigenschaften und Wirkungen ankommt, die wahre Beschaffenheit des ganzen Instituts ins Reine gebracht wird. Dies halte ich vor der Hand für den einzigen Weg, der, zwar vorbereitend nur, aber dennoch durchgreifend genug zu derjenigen Ansicht hinleitet, die ich als die einzig richtige erkenne. Mag denn auch die Beibehaltung des durch langen Gebrauch einmal bekannter gewordenen äusseren Gewands mir bey denen zum Vorwurf gereichen, die nun einmal schon die Ueberzeugung haben, daß dasselbe zu dem Wesen des vorliegenden Gegenstandes nicht passe; andre, denen die eigentlich characteristische Verschiedenheit beider Gattungen der Verjährung und des Nicht Gebrauchs bisher noch minder anschaulich war, werden den Vortheil einer solchen freilich nur durch Observanz zu entschuldigenden Zusammenstellung zu leichterer Erkenntniß nicht so entbehrlich finden.

Und am Ende läßt sich denn immer doch das wenigstens nicht in Abrede stellen, daß jene drey bisher beurtheilten Rechtsinstitute, und lediglich auch nur diese drey,

als

als unterscheidendes Merkmal von einer jeden andern Gattung von Geschäfften, die Eigenheit mit einander gemein haben, welche ich denselben oben in dem gleich anfangs aufgestellten gemeinschaftlichen Begriff beigelegt habe, nehmlich die, unabhängig von dem Willen der interessirten Personen, blos durch einen Zeitverlauf, erfolgende Begründung vorher nicht vorhandner Rechte und Verbindlichkeiten.

Etwas

Etwas

über die Nothwendigkeit der bona fides bey Verjährung der Klagen.

Zwar ist die Frage: ob bey der Verjährung der Klagen das Erforderniß der bona fides ebenso, wie bey der adquisitiven eintreten müsse, bereits so vielfältig und grossentheils auch gründlich untersucht und beantwortet worden, daß ein neuer Beitrag hierzu in der That überflüssig scheinen möchte; indessen ist man selbst nach jenen mannichfaltigen Discussionen demungeachtet so wenig darüber einig, daß sogar auch die neuesten juristischen Schriftsteller sich hierin bald gänzlich widersprechen, bald, wenn sie auch in der Hauptsache übereinstimmen, doch diese oder jene Einschränkung zulassen oder verwerfen, die wenigstens der Allgemeinheit des zugegebenen Grundsatzes auf die eine oder andre Art entgegen ist. Bey einer solchen Lage der Sache kann es niemals, folglich auch nicht in dem vorliegenden Falle, überflüssig seyn, durch neue Gründe, oder zum wenigsten eine veränderte Darstellung der schon erst vorhandnen und eine hierdurch bewürkte neue Ansicht des Ganzen der noch zweifelhaften Wahrheit nachzuspüren, und dieselbe, wo man sie zu finden glaubt, nach bester Ueberzeugung zu vertheidigen. — Dies mag

auch

auch mir bey Bearbeitung dieses Gegenstandes zur Rechtfertigung dienen.

§. 1.

Bona fides ist: I.) nach Römischen Recht durchaus nicht erforderlich.

Wenn gleich eine genauere Erörterung der Natur und Eigenschaften der extinctiven Verjährung im allgemeinen mehr zum Plan des nächstvorstehenden Aufsatzes gehörte, und daselbst, wie ich hoffe, hinreichend beigebracht ist, so fehlte es mir dennoch bey dessen gerade nur auf eine Vergleichung der darin genannten Geschäffte eingeschränkten Inhalte an Gelegenheit, den Zweck vorzüglich näher zu entwickeln, der bey der extinctiven Verjährung zum Grunde liegt, und auf deren Anwendbarkeit den bedeutendsten Einfluß hat. Hat man diesen Zweck nur stets vor Augen, so folgt schon daraus, und aus dem hierdurch bestimmten Begriff der extinctiven Verjährung die vollständigste Ueberzeugung, daß bona fides als nothwendiges Erforderniß derselben durchaus nicht zu betrachten sey. Wie schon nach dem obigen die Römische Benennung derselben: praescriptio oder eigentlich: praescriptio temporalis, nur eine solche Einrede bezeichnet, die lediglich durch den Ablauf einer gewissen Zeit begründet wird, und wobey also eine subjective Beziehung, dergleichen das Erforderniß der bona fides ist, schon in dieser Hinsicht gänzlich unpassend erscheint, so bestätigen solches noch mehr alle im Römischen Recht deshalb gegebene Bestimmungen. Darnach nehmlich wurde die extinctive Verjährung lediglich als ein Mittel betrachtet, um die Dauer der Klagen

zu

zu bestimmen, und, so beurtheilt, ist selbst der Ausdruck eines Geschäffts, dessen ich mich wohl hin und wieder bediente, hierbey völlig unpassend. Denn sie besteht nicht etwa, wie die Usucapion, in einem Handeln von Seiten dessen, welcher verjährt, (oder, hierbey richtiger gesprochen, zu dessen Vortheil die Verjährung gereicht, weil gegen ihn die dadurch zu erlöschende Klage competirte), sie ist kein die Parteien unmittelbar betreffendes, und unter ihnen vorgehendes factum, sondern vielmehr eine ohne deren Zuthun in Anwendung kommende Vorsichtsmaasregel des Gesetzgebers zu Abkürzung und Verminderung der Processe. Dieser Zweck findet offenbar darin ein vorzügliches Beförderungsmittel, wenn die Unterthanen angehalten werden, ihre unter einander vorkommenden Streitigkeiten während eines bestimmten Zeitraumes, und solange die Sache noch in frischem Andenken, auch die leichteren Beweismittel durch Eingeständniß oder Zeugen noch zur Hand sind, vor Gericht anzubringen, und dadurch selbst deren Entscheidung zu erleichtern und zu befördern; und so ward, um diese Absicht zu erreichen, für jede Klage eine bestimmte Dauer verordnet, dadurch also ein Zeitpunct festgesetzt, nach dessen Erscheinen die Klage als erloschen betrachtet (vivendi amplius non habeat facultatem: l. 3. C. de praescript. 30 vel 40 ann.), und der Kläger damit nun nicht mehr gehört werden sollte (post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem competere censemus: cit. l. 3.). Zugleich aber ward hierdurch dem Beklagten die Befugniß ertheilt, auf den Ablauf der bestimmten Zeit eine peremtorische Einrede zu gründen und darin auf die nunmehr erloschene Dauer der Klage sich zu beziehen. — Wie ganz und gar hierbey

das

das Betragen des Beklagten und dessen etwaige Wissenschaft in keinen Betracht kam und kommen konnte, erhellet hieraus deutlich genug, indem es dabey durchaus nicht auf den Erwerb eines Rechts, ja in der That nicht einmal auf die Erlöschung einer Verbindlichkeit für seine Person (da nehmlich solche, selbst nachdem die Klage durch den Ablauf der Verjährungszeit aufgehoben wird, als natürliche Verbindlichkeit wenigstens ohne Zweifel fortdauert), sondern lediglich auf Versagung der richterlichen Hülfe zum Nachtheil dessen, welcher die Klage solange vernachlässigte, abgesehen war: cf. *Hombergk* in differt. de praescr. extinctiva cum int. iuris per non usum haud confundenda. § 11. in f.. Der Beklagte zieht nun zwar hieraus indirect den Vortheil, daß wenn dem gegen ihn Berechtigten die Klage versagt wird, diesem das vorzüglichste Mittel, von jenem die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit zu verlangen, genommen ist; allein unmittelbar und eigentlich allein hat es der Gesetzgeber doch nur mit dem Kläger zu thun, giebt eine Norm für diesen, und läßt es geschehen, daß auch jener den sich für ihn daraus ergebenden Vortheil benutze. Aber er kann und will, weil dieser dabey vielleicht subjectiv unmoralisch handelt, deshalb seine politisch nothwendige Verfügung nicht beschränken, zumal diese eben durch Zulassung eines Beweises jener unmoralischen Handlung nicht nur ihren Zweck, die Processe abzukürzen und zu vermindern, gänzlich verfehlen, sondern demselben positiv entgegenhandeln würde.

§. 2.

§. 2.

II.) Wohl aber nach dem canonischen Recht:

a.) Einleitung.

So war die Lage der Sache — wie denn darüber unter sämmtlichen älteren und neueren Rechtsgelehrten nur eine Stimme ist — ungezweifelt nach dem Römischen Recht, das hierin durchaus mit den Regeln einer auf vernünftige Politik gegründeten Gesetzgebung, auf welche die eigentlich blos moralische Seite einer Handlung keinen Einfluß haben kann, völlig übereinstimmte; und demnach brauchte bey Anwendung der extinctiven Verjährung auf die Wissenschaft des Beklagten schlechterdings keine Rücksicht genommen zu werden. So wie aber das canonische Recht allenthalben Theologie mit der Jurisprudenz vermischte und dadurch nicht selten die auffallendsten Inconsequenzen veranlaßt hat, so zeigt sich dieser Vorwurf auch hier besonders deutlich. Nach dem cap. 20 X. de praescript. soll ein Gesetz oder eine Gewohnheit nur solange verbindlich seyn, als dasselbe, ohne eine Sünde zu begehen, gehalten werden kann; und hieraus wird dann der Schluß gezogen, daß da sich Niemand, dem seine Verbindlichkeit bekannt sey, auf die Verjährung beziehen könne, ohne sich eines peccati schuldig zu machen, demnach also bey der solchergestalt vorhandnen mala fide die Verjährung gar nicht statt finden dürfe a.). Wie ganz und gar ein solcher moralischer

---

a.) Das cap. 20. X. de praescript. lautet wörtlich so: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est; synodali

scher Ausbruch hier am unrechten Orte war, will ich nicht weiter untersuchen, ungeachtet es einem jeden in die Augen fällt, daß denn auch aus gleichem Princip die nach vollendeter Verjährung eintretende mala fides ebenwohl die rechtlichen Folgen derselben vernichten müßte, welches doch bisher noch keinem zu behaupten eingefallen ist b.). — Genug die Stelle steht einmal da, und ist als gesetzlich anerkannt und so läßt sich im Allgemeinen nichts dagegen sagen, mithin kommt es lediglich darauf an, welche Anwendung dieselbe nach Regeln einer vernünftigen Auslegung verstatte oder nothwendig mache.

§. 3.

b.) Widerlegung einer unrichtigen Meinung.

Die Meinungen der berühmtesten Rechtsgelehrten sind, wie schon oben erwähnt, hierüber gänzlich getheilt. Einige ältere wollten die Verordnung des canonischen Rechts so gänzlich verwerfen, daß dieselbe in keinem Fall zur Anwendung kommen solle; deren Zahl war jedoch nur klein und ihre Behauptung ward sehr bald völ-

---

dali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

b.) Man sehe *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XLI. Tit. III. qu. 30. §. 6.

völlig unterdrückt. Inzwischen würde ich demungeachtet dieselbe nicht ganz mißbilligen, wenn blos vernünftige Gründe hierbei etwas entscheiden könnten. Die Einführung der bona fides als Erforderniß der extinctiven Verjährung ist dem eigenthümlichen Wesen von dieser so offenbar zuwider, und verräth so deutlich eine gänzliche Unbekanntschaft mit den Römischen Begriffen von derselben (als einer peremtorischen Fristbestimmung für den zur Klage berechtigten), daß wenn nicht alle dergleichen Vorschriften des canonischen Rechts in der Allgemeinheit und so durchaus ohne Unterschied, als dies wirklich geschehen, gesetzliche Kraft erhalten hätten, bey jener vor allen die Bemerkung gegründet seyn würde, daß dieselbe als auf falsche Voraussetzungen, eine unrichtige Ansicht, der Römischen Lehre von Verjährung der Klagen nehmlich, gegründet, die ihr nach ihrem Inhalt nicht abzusprechende derogirende Wirkung verlieren müsse. Hierbey will ich mich jedoch nicht länger verweilen, sondern lieber die vorzüglichsten noch jetzt gangbaren Meinungen anführen und beurtheilen.

So behauptet *Behmer* in novo iure controverso. T. I. obs. 8., es werde zu der extinctiven Verjährung niemals etwas weiter, als der Ablauf von 30 Jahren erfordert, eine inzwischen vorgefallene Interpellation zerreisse den Lauf der Verjährung, allein eine sonstige mala fides ohne diese schade nichts, und das canonische Recht rede, wenn es bonam fidem erfordert, blos von der adquisitiven Verjährung, indem das cap. 5. et 20 X. de praescript. ausdrücklich nur von dem Besitz einer fremden Sache reden und das cap. 2 et 3. de R. I. in 6to

bestimmt erklären, daß diejenige Verjährung, zu welcher sie bonam fidem erfordern, ohne Besitz nicht statt finden könne. Dagegen lassen nun zwar die beiden Coccejі, Wernher und J. H. Böhmer c.) die angef. Stellen des canonischen Rechts überhaupt in ihrem Werth und geben auch zu, daß sie die extinctive Verjährung mit unter ihrer Disposition begreiffen, wollen jedoch deren Anwendbarkeit lediglich auf den Fall beschränken, wo jemand eine fremde Sache in Händen hat, und deren Herausgabe zurückhält; behaupteu aber, daß selbige bey allen denjenigen Verbindlichkeiten unstatthaft sey, wo jemand etwas aus seinem eignen Vermögen zu leisten schuldig wäre. Eine dritte Meinung endlich, die vorjüglich von Leyser, Pufendorf, G. L. Böhmer und Püttmann d.) vertheidigt wird, geht dahin, daß jene gesetzliche Vorschrift ganz allgemein gelte, und daß derselben jede Gattung von Klagen ohne Unterschied unterworfen sey.

Behmers Meinung hat bisher wenig Eingang gefunden, es kommt also mehr auf die beiden letzteren an, wel-

---

c.) Cf. *H. Coccejі* diff. I et II de finibus bonae fidei in praescriptionibus; in ej. exercitt. curios. T. I. p. 1476—1518. *S. Coccejі* ius controv. *L.* XLI. Tit. III. qu. 30. *Wernher* observ. forens. T. I. P. I. obs. 183. P. III. obs. 73. 94. 213. *I. H. Böhmer* ius eccl. protest. T. I. Lib. II. Tit. XXVI. §. 51—58.

d.) Cf. *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 455. med. 8. *Pufendorf* in observ. T. I. obs. 115. T. II. obs. 194. *G. L. Böhmer* princ. iur. can. §. 635. 641. *Püttmann* diss. de Legislatore Ephesino; in ej. libro probabilium.

welche daher noch einer genaueren Erörterung bedürfen, zumal hierdurch zugleich auch jene widerlegt wird. Die Gründe, wodurch Wernher, Cocceji und J. H. Böhmer ihre Meinung rechtfertigen, sind folgende: 1.) schon der Begriff der bona fides führe stets eine Beziehung auf den Besitzer mit sich, wie denn 2.) auch das canonische Recht stets nur von einem Besitzer rede, und bey dem von ihm entschiedenen Falle beständig den Besitz einer Sache supponire, welche Voraussetzung jedoch nur ausschließend auf denjenigen passe, der eine fremde Sache in Händen habe; zum sicheren Beweis, daß jene Stellen nur auf solche Klagen, welche auf Herausgabe fremder Sachen gerichtet sind, bezogen werden können. — Ebendies bestätige sich 3.) dadurch, daß die allegirten Gesetze sich dabey stets nur des Ausdrucks: res aliena, praedium alienum bedienen, mithin als leges correctoriae nur auf den Besitz von diesen angewendet werden dürfen. Endlich könne aber 4.) auch derjenige, dessen Verbindlichkeit nur auf eine Leistung aus seinem eignen Vermögen gerichtet ist, gar nicht in malam fidem gesetzt werden, wenn nicht eine Interpellation geschehe, diese aber mache sogleich die Verjährung selbst gänzlich unstatthaft, indem sie die nothwendigste factische Voraussetzung derselben entferne. Vor der Interpellation hingegen sey der Verbundene noch gar nicht in mora, folglich nicht in mala fide, mithin begehe er kein peccatum. Doch alle diese Gründe sind von den Anhängern der gegentheiligen Meinung hinlänglich widerlegt worden, und verdienen in der That auch bey genauerer Prüfung keine besondere Rücksicht. So giebt *ad* 1. G. L. Böhmer hiergegen und mit Recht einen viel weite-

ren Begriff der mala fides an, nach welchem darunter die Wissenschaft einer jeden Verbindlichkeit verstanden wird. Begriffe müssen von den vorhandnen Gesetzen abgezogen, nicht diese nach jenen erklärt werden. Hat man bestimmte Vorschriften, welche allgemein den Begriff eines gewissen Geschäffts feststellen und es findet sich hie und da eine Stelle, die mit demselben nicht ganz wohl vereinbarlich ist, so ist es dann freilich Regel, eine mit jenen übereinstimmende Interpretation anzuwenden; inzwischen ist das hier nicht der Fall, wo im allgemeinen nichts ganz Bestimmtes festgesetzt ist, und in einzelnen Stellen, ganz dem wörtlichen Sinne von bona fides gemäs, der dafür angeführte Grund: peccati evitatio, gänzlich darauf hinweißt, daß hier jede wissentliche Uebertretung einer Verbindlichkeit verbannt werden soll, indem derjenige, welcher dem andern aus dem seinigen etwas zu leisten verbunden ist, und dies absichtlich unterläßt, ein peccatum ebensowohl begeht, als derjenige, welcher eine in Händen habende fremde Sache dem darauf Berechtigten wissentlich vorenthält — Sodann führt *ad* 2. *et* 3. Püttmann a. a. O. sehr gründlich aus, daß durch das canonische Recht ausdrücklich demjenigen Gesetz im corpore iuris Romani derogirt werden sollte, welches die Verjährung der Klagen zuerst allgemein einführte und eine Einrede dagegen, auf blose Nachlässigkeit gegründet, zuläßt. Beide Stellen, sowohl diese letztere bey Einführung der extinctiven Verjährung, als das hier entscheidende cap. 5. X. de praescript. bey deren Wiederaufhebung, reden allgemein, das Letztere ist als entscheidend einmal anerkannt, also muß es auch allgemein derogiren und ohne einige Ausnahme. Ueberdies

ist,

ist, wie schon ad 1. bemerkt worden, der Grund der Mißbilligung, peccati evitatio, ohne Unterschied auf jede Gattung der Verjährung anwendbar und darum also auch dessen Folgerung allgemein zu nehmen. *Ad* 4. endlich bemerke ich, daß diese Schlußfolge, mit so vieler Zuversicht sie auch von allen Vertheidigern jener Meinung und vorzüglich auch von J. H. Böhmer angeführt wird, dennoch nur täuschend sey; ich gebe zu, daß ein Schuldner nicht erst in moram versetzt und also eigentlich zu einer Leistung verbunden werde, bis eine Interpellation vorhergegangen ist, leugne auch nicht, daß durch Interpellation die Möglichkeit der Verjährung sogleich factisch vereitelt werden könne; aber dies rechtfertigt alles noch jene Schlußfolge nicht, wenn ich gagegen beweise, daß a.) mala fides entstehen könne, ohne Interpellation. b.) Daß eine Interpellation vorhanden seyn könne, welche die Wirkung der Unterbrechung nicht hat, und endlich c.) daß sogar eine eigentlich unterbrechende Interpellation vorgefallen seyn könne, ohne auf die Verjährung nachtheilig zu würken. So leidet es wohl *ad a.* keinen Zweifel, daß wenn gleich derjenige, welcher sich im Besitz einer fremden Sache befindet, auf keine Art an deren Herausgabe erinnert wurde, ihm dennoch die Unrechtmäsigkeit seines Besitzes bekannt und er solchergestalt in malam fidem versetzt werden könne, wie z.B. wenn die Sache mit dem Nahmen des Eigenthümers bezeichnet ist, oder dem Verjährenden von irgend einem dritten glaubwürdig versichert wird, daß die Sache einen andern Herrn habe. In beiden Fällen ist ungezweifelt mala fides ohne Interpellation vorhanden. Sodann *ad b.* führe ich als Beispiel die interpellationem diei an. Man denke sich den

gar

gar leicht möglichen Fall, daß ein Schuldner durch eine wirkliche Mahnung seines Gläubigers bereits in die Lage versetzt worden, die Verjährung gegen denselben anzufangen und es trit erst nachher die interpellatio diei auch hinzu; da kann diese die angefangene Verjährung nicht stören, der Verjährende kann vielmehr von dem Augenblick der ersten Mahnung an die Dauer der Klage berechnen. Gleichergestalt ist aber *ad c.* auch diese Behauptung im klaren. Ist nehmlich davon die Rede, daß mala fides und eine Interpellation, wodurch diese begründet wird, der Verjährung schade, so kann dies doch unmöglich anders verstanden werden, als daß während des Laufs derselben keine Ueberzeugung der letzten Verbindlichkeit eintrete; gab ich aber oben zu, daß zur Möglichkeit der Verjährung stets eine solche Interpellation vorausgehen müsse, so galt dies lediglich von der Zeit vor dem Anfang derselben. Sie ist nehmlich allerdings wesentliche Bedingung der Existenz der Verjährung, aber eben als solche muß dieselbe schon früher gedacht werden, als diese zu laufen anfieng; eine solche vorhergehende Interpellation aber, statt der Verjährung hinderlich zu seyn (eine Unterbrechung ist zu der Zeit, wovon ich hier rede, factisch unmöglich), erscheint solchergestalt vielmehr, als deren nothwendiges suppositum, gar wohl mit derselben vereinbar. Die l. 3. C. de praescript 30 vel 40 ann., die einzige hier brauchbare Quelle, setzt zum Anfang der extinctiven Verjährung stets ein wirklich entstandnes Klagrecht, dies eine gegenwärtig exigible Verbindlichkeit des Beklagten und deren geschehene Verletzung, diese aber eine vorhergegangene Interpellation und dadurch bewürkte moram

nothwendig voraus. Es kann also durchaus keine extinctive Verjährung zugestanden werden, der nicht einmal eine Interpellation, eine mora, vorausgieng, es kann also bey jeder Verjährung auch mala fides, selbst wenn man diese nothwendig nur als Folge der Interpellation ansehn wollte, statt haben, ohne die Verjährung selbst zu unterbrechen, denn es ist dieselbe ja schon vorhanden, wenn nur zu jenen Voraussetzungen der Umstand der Wissenschaft hinzukommt. Hat jemand einmal nur seine schuldige Verbindlichkeit nicht erfüllt, so bedarf es, um ihn in moram und malam fidem zu setzen, nicht erst einer zweiten Erinnerung; nein, er ist von jenem Momente an beständig in mora, und wenn ihm seine Verbindlichkeit bekannt ist, beständig in mala fide. Und lauft in dieser Lage der Sachen der 30 jährige Zeitraum ab, und es will nun der Verbundene sich der Verjährung bedienen, so begeht er ein peccatum, auch wenn die ganzen 30 Jahre hindurch ihn Niemand weiter um Erfüllung der unterlassenen Verbindlichkeit mahnte. — Somit wäre auch der letzte der vorhin allegirten Gründe widerlegt und dadurch also die ganze auf dieselben gegründete Meinung als völlig unstatthaft erwiesen.

Hieraus ergiebt sich nun schon von selbst, daß da ich solchergestalt diese letztere Meinung wiederlegt habe, aus gleichen Gründen aber die vorhin erwähnte Behmerische als völlig unzulässig erscheint, die von Püttmann vorzüglich und den übrigen, welche ich oben angeführt habe, vertheidigte Erklärung des canonischen Textes die richtigere sey, ungeachtet ich dieselbe dennoch nur mit verschiedenen nothwendigen Modificationen annehmen

zu können glaube. Meine Ansicht von dieser ganzen Streitigkeit ist nehmlich folgende.

§. 4.

c.) Auseinandersetzung des wahren Inhalts der canonischen Verfügung, nach welchem:

α.) zwar bona fides allgemein erfordert wird.

Das canonische Recht giebt allerdings durch die ausschliessend gebrauchten Ausdrücke einer Verjährung durch Besitz, gegründete Veranlassung zu manchem Zweifel an der Allgemeinheit seiner Constitution, und ich bin sogar völlig überzeugt, daß der Verfasser des cap. 5. X. de praescript. die extinctive und adquisitive Verjährung durchaus confundirt habe, wie ich denn selbst Püttmann, dem ich übrigens durchgehends beistimme, von diesem Fehler nicht ganz freisprechen kann. Auch er scheint jede 30 oder 40 jährige Verjährung für extinctiv zu halten, da es doch ebenwohl auch eine dreißig und vierzig jährige adquisitive Verjährung giebt, ja von der letzteren sogar die meisten Gesetze des hier einschlagenden Tit. C. de praescription. 30 vel 40 ann. hauptsächlich reden; wobey jedoch wohl zu bemerken, daß beide genannten Gattungen der 30 oder 40 Jahre dauernden Verjährung gänzlich nichts miteinander gemein haben, als die gleiche Zeitbestimmung, im wesentlichen aber so durchaus verschieden sind, daß eine Verwechslung beider nothwendig alle Begriffe verwirren muß. Eine solche Verwechslung aber

geht unwiderleghar aus der oben angezogenen Stelle des canonischen Rechts hervor. Zeigen nehmlich auf der einen Seite die in jener Stelle gebrauchten Ausdrücke augenscheinlich, daß darin stets nur von einem malae fidei *possessor*, von einer *possessio* rei alienae und weiterhin von der praescriptio longi temporis (welche offenbar blos auf adquisitive Verjährung Bezug hat) geredet wird, und bleibt dagegen auf der andern Seite nach dem buchstäblichen Inhalt derselben kein Zweifel übrig, daß dadurch nur diejenige Constitution, wodurch der legislator Ephesinus eine 30 und 40 jährige Verjährung, blos als Strafe der Nachlässigkeit betrachtet, einführte, aufgehoben werden sollte, so folgt aus dieser zwiefachen Beobachtung ganz unwidersprechlich auch eine zwiefache Unrichtigkeit; denn einmal würde man daraus schliessen, daß die Verfügung des Ephesinischen Gesetzgebers auch die Verjährung durch Besitz vor Augen gehabt und darüber etwas bestimmt hätte, da jedoch derselben in dessen Verordnung (der l. 3. C. cit.) nicht nur mit keiner Silbe gedacht wird, sondern auch der Gegenstand derselben von der Beschaffenheit ist, daß er auch nicht einmal eine entfernte Beziehung auf jene zuläßt. Die Stelle redet lediglich und ausschliessend von der Dauer der bisher perpetuirlichen Klagen, bestimmt einen Zeitraum nach dessen Verlauf dieselben unbrauchbar werden sollen, enthält aber ausserdem auch gar nichts, was nur im mindesten auf eine weitere Ausdehnung desselben hinwiese. — Dies also die erste Unrichtigkeit, welche das cap. 5. X. de praescript. enthält; sodann aber führen die darin vorkommenden Ausdrücke nicht minder natürlich auf die Idee, daß der legislator Ephesinus neben jener 30 jährigen auch eine 40

jährige Verjährung eingeführt hätte, die nun hierdurch in der Maaße wenigstens, wie sie damals galt, wieder aufgehoben werden sollte. Ist aber, wie denn darüber Pütmanns gründliche Ausführung keinen Zweifel mehr übrig läßt, unter dem Ephesinischen Gesetzgeber wirklich derjenige Theodosius, von welchem die ofterwähnte l. 3. C. de praescript. 30 vel 40 ann. herrührt, und unter jener von ihm zuerst eingeführten Constitution wirklich dieses Gesetz zu verstehen, so hat der Verfasser des cap. 5. X. de praescript. auch in dieser Hinsicht offenbar mehr in dasselbe gelegt, als der Gesetzgeber selbst darin verordnet. Es wird nehmlich darin kein Mensch eine Spur von einer 40jährigen Verjährung finden, deren zwar in dem rubro des Titels und auch in den übrigen Gesetzen, gerade in der l. 3. aber nicht mit einer Silbe gedacht ist. Demnach läßt sich also eine dem Verfasser des mehrerwähnten canonischen Textes zur Last fallende Confusion verschiedener Gattungen der Verjährung nicht leugnen; inzwischen erhellet eben hieraus der Umfang, in welchem die gedachte Stelle genommen werden muß. Begriff der Verfasser derselben sogar noch etwas fremdartiges, in der l. 3. cit. gar nicht enthaltnes, mit unter seiner Verfügung, so kann man sicher annehmen, daß die dadurch erklärte Mißbilligung wenigstens den ganzen Inhalt jenes Gesetzes treffen, und eher noch mehr, wie diesen, umfassen, als einiger Einschränkung in Ansehung desselben selbst, unterworfen seyn sollte. Die l. 3. C. de praescript. 30 vel 40 ann. setzt allgemein einen Zeitpunct fest, der die Dauer von Klagen überhaupt, ohne Rücksicht auf deren Gegenstand beschränken, und nach dessen Ablauf der Kläger ohne weitere Rücksicht abgewiesen wer-

den soll, blos darum, weil die Klage nunmehr erloschen ist. Diese allgemeine Verordnung gilt mithin ebensowohl von Klagen auf Leistung einer eignen, als einer fremden Sache, weil das Gesetz nicht unterscheidet, und auch ausserhalb kein Grund zu einiger Einschränkung liegt. Dies Gesetz nun, so wie es da steht, mißbilligt der canonische Gesetzgeber gänzlich, er will nicht, daß blos wegen begangener Nachlässigkeit eine Klage verloren werden soll, sondern erfordert dazu auch von Seiten des Beklagten die Voraussetzungen einer völligen Unwissenheit seiner Verbindlichkeit. Hier also eine allgemeine Mißbilligung eines allgemein redenden Gesetzes aus einem allgemeinen Grunde; worin soll nun einige Einschränkung liegen? — Nein, die Stelle geht auf jede Gattung extinctiver Verjährung, zu keiner derselben soll es ferner hinreichend seyn, daß von Seiten des Berechtigten eine Versäumniß in Anstellung seiner Klage begangen war, wie doch nach der Verordnung des Kaisers allein schon hinreichte („*solum* propter vitandam „miserorum segnitiem" l. 3. C. cit.), sondern es soll auch der, welcher sich auf die Verjährung beziehen will, überdas in der Ueberzeugung gestanden haben, daß die nunmehr verjährte Klage nicht mehr gegen ihn competire. — Ganz unwiderlegbar erhellt dies vorzüglich auch aus dem cap. 20. X. de praescript., wo nicht nur die nehmliche Correction des Römischen Rechts bestimmt wiederholt, sondern auch die Ursache derselben angegeben ist, deren Allgemeinheit schlechterdings keine andre, als die möglichst ausgedehnte Anwendung zuläßt. Es besteht dieselbe nehmlich lediglich in Verhütung eines peccati, und zwar eines peccati im moralischen Sinn, nach welchem

chem alles dasjenige hieher zu rechnen ist, was nicht aus Ueberzeugung der Rechtlichkeit geschieht, quod non fit ex fide. Moralisch unrechtlich handelt nun aber offenbar der nicht minder, der eine gültig übernommene Verbindlichkeit, aus dem Seinigen etwas zu leisten, wissentlich unerfüllt läßt, als derjenige, welcher eine fremde Sache, die er als solche kennt, nicht restituirt; ich kann in Ansehung der moralischen Imputation bey beiden keinen Unterschied finden und die Statthaftigkeit von dieser, (nicht einmal der Grad derselben) ists doch allein, welche hier entscheidet. — Cocceji und J. H. Böhmer glauben dagegen wirklich, daß derjenige, welcher nur ex suo etwas zu leisten verbunden wäre, durch dessen Zurückhaltung vor erfolgter Interpellation, welche doch, wenn überhaupt von einer Möglichkeit der Verjährung die Rede seyn solle, gänzlich entfernt werden müsse, kein peccatum begehe, allein sie bedenken nicht, daß schon die erste Weigerung, wodurch das Klagrecht zuerst begründet wurde, falls nicht auch diese in gutem Glauben geschah, nicht nur den weigernden selbst bereits damals in malam fidem gesetzt hat, sondern auch völlig hinreicht, um jeden nach ihm Verbundenen, dem seine Verbindlichkeit bekannt wird, in moram und malam fidem zu setzen, wie ich im vorigen Paragraphen gezeigt habe. Hiernach ist also der Satz vollkommen richtig, daß ein jeder, der sich auf extinctive Verjährung beziehen will, sey er nun Besitzer einer fremden Sache oder zu einer Leistung aus dem Seinigen verbunden, die daher genommene Einrede nicht anders mit Wirksamkeit gebrauchen kann, als wenn in deren Anwendung kein peccatum enthalten ist, mithin nur dann, wenn er zu keiner Zeit von der unterlassenen Verbindlichkeit einige

Wis-

senschaft hatte; oportet enim, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, — Einige Erläuterungen und nähere Bestimmungen dieses Satzes werde ich jedoch in den folgenden Paragraphen weiter ausführen.

§. 5.

β.) Sie ist jedoch kein wesentliches Erforderniß der extinctiven Verjährung.

Wenn ich gleich im vorhergehenden aus hinreichenden Gründen zugegeben habe, daß nach dem canonischen Recht bey einer jeden extinctiven Verjährung bona fides statt haben müsse, um derselben rechtliche Wirkung beizulegen, so glaube ich dennoch nicht, sie zu den wesentlichen Bedingungen jener Verjährung rechnen zu müssen. Um die eigenthümliche Natur eines Geschäffts zu bestimmen, sollte man, meiner Meinung nach, doch mehr auf die ursprüngliche Quelle desselben, als auf nachherige Constitutionen sehn, die zumal nur beiläufig und aus Ursachen, die in der Sache selbst nicht sowohl, als in einer veränderten Ansicht von aussen ihren Grund haben, etwas an dem Geschäfft abändern. So ist das Römische Recht allein die wahre Quelle der Lehre von der extinctiven Verjährung, und es denkt sich unter ihr nichts anders, als das Mittel, wodurch die Dauer sonst perpetuirlicher Klagen bestimmt und dem Kläger eine Frist vorgeschrieben wird, nach deren unbenutzten Ablauf er seiner Klage verlustig seyn soll. Diese ursprüngliche Beschaffenheit der extinctiven Verjährung läßt eine Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage competirt, nicht

zu, es würde eine solche Beziehung mit der eigenthümlichen Natur derselben unvereinbarlich seyn. Finden wir also diesemungeachtet in einer nachherigen, von einem gänzlich verschiedenen Gesichtspuncte ausgehenden Gesetzgebung eine Verfügung, die dennoch jene Beziehung nothwendig macht, wie denn dies mit dem durch das ius canonicum eingeführten Erfordernisse allerdings so der Fall ist, so dürfen wir, wenn anders jene Verfügung an sich verbindende Kraft hat, uns zwar derselben nicht gänzlich entziehen, inzwischen wird es nicht blos erlaubt, nein sogar Bedürfniß seyn, die Beibehaltung der einzelnen Vorschrift möglichst so zu bewürken, daß dadurch das eigenthümliche Wesen des Geschäffts unverändert bleibt. Unter dieser Voraussetzung also wird es kein Bedenken finden, anzunehmen, daß bey dem Lauf der Verjährungsfrist auf bonam fidem nicht gesehen werden dürfe, daß dieselbe vielmehr blos durch den Ablauf des ihr vorgeschriebenen Zeitraums rechtlich vollendet werde und ganz die erlöschende Kraft erlange, welche die Römischen Gesetze damit verbinden, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob der dadurch von seiner Verbindlichkeit Befreire von dieser Verbindlichkeit Wissenschaft gehabt habe oder nicht. Auf allen Fall ist nun einmal die auf den Ablauf derjenigen Frist, woran die Dauer der versäumten Klage gebunden war, gegründete Einrede rechtlich entstanden, und competirt dem bisher Verbundenen ungezweifelt, um damit jene Klage von sich zu weisen. Weil inzwischen in dem Falle, wo der Beklagte wissentlich seine obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllte, und eine schuldige Leistung absichtlich darum zurückhielt, um nach dem Verlauf der bestimmten Zeit seinen klagenden Gläubiger ganz abwei-

sen

sen zu können, mithin durchaus in mala fide versirte, hieraus, wenn man auf diesen Umstand nicht reflectiren wollte, die Folge entstehen würde, daß der Verjährende aus seiner dolosen Zurückhaltung unerlaubten Vortheil zöge, so wird aus diesem Grunde nach der Vorschrift des canonischen Rechts die der wirklich vollendeten Verjährung an sich zukommende Wirksamkeit und die dadurch schon rechtlich begründete Einrede wieder entkräftet. Demnach also würkte die Vorschrift des canonischen Rechts nicht sowohl auf die Existenz der Verjährung selbst, als vielmehr auf den Gebrauch derselben, hemmte nicht sowohl deren Entstehung, als sie vielmehr nach dieser deren Wirkungen vereitelt. Die Politik des Römischen Gesetzgebers erklärt die Verjährung für vollendet und giebt daraus eine Einrede, ohne auf malam fidem zu sehen; die Gewissenhaftigkeit des Verfassers jener canonischen Stellen kann dies nicht zugeben, und verstattet gegen jene Einrede eine Replick des obstirenden *doli*. — Eine solche Erklärung des Widerspruchs beider Gesetze fordern die obigen Grundsätze, deren Richtigkeit im allgemeinen wohl Niemand bestreiten wird; es rechtfertigen sie aber auch die in dem cap. 20. X. de praescript. gebrauchten Ausdrücke, welche dem Aufmerksamen den Gang bezeichnen, welchen bey Erlassung einer solchen Vorschrift der Gesetzgeber beobachtete. Er sahe, wie so manchmal dadurch die gröste Unbilligkeit begangen wurde, daß ein Schuldner, der seine Verbindlichkeit wohl kennend absichtlich mit deren Erfüllung zögerte und mit dem Ablauf der bestimmten Zeit sich auf die theodosische Verordnung beziehend seinem klagenden Gläubiger die absichtlich vorenthaltne Schuld verweigerte; er dachte an die biblische Stelle, wodurch wenigstens

nach damaliger Erklärungsart ein solches Verfahren für sündlich erklärt wurde, und beschloß nunmehr, das, was vorhin nur moralisch unrecht war und dem Gewissen eines jeden überlassen blieb, auch gesetzlich zu verbieten. So entstand die mehrgedachte Verfügung. Man sieht aber hieraus deutlich, daß nicht eigentlich die Natur und Beschaffenheit der Verjährung, objectiv betrachtet, der Gegenstand seiner Mißbilligung war, sondern daß er nur bey deren Anwendung eine subjective Beziehung auf den, welcher sich ihrer bedienen wollte, einzuführen Willens war; daß mithin seine Absicht nicht sowohl dahin gieng, die bonam fidem zu einem wesentlichen Erforderniß der Verjährung im allgemeinen zu erheben (welches auch ihrer eigenthümlichen Natur nach nicht wohl angieng), als vielmehr in den einzelnen Fällen ihres Gebrauchs den Richter darauf aufmerksam zu machen, daß dieser beym Vorhandenseyn einer böslichen Absicht von Seiten des Beklagten das hierin liegende peccatum verhüten und darum den Kläger mit einer darauf gegründeten Replick hören solle. Er gieng folglich offenbar hier nicht von der Quelle des hier zu beurtheilenden Instituts, sondern von dessen Erfolg unter Voraussetzung gewisser Umstände aus; die von ihm getroffne Verfügung kann also auch weniger dessen inneren Bestand verändern, als nur von aussen her auf die Anwendung desselben würken; und so ist es gewiß, daß bona fides selbst nach canonischem Recht als essentiale der extinctiven Verjährung nicht zu betrachten sey.

§. 6.

§. 6.

7.) Auch wird sie nur bey dem letzten Beklagten erfordert.

Auf eben den Gründen, die ich im vorigen Paragraphen auseinandergesetzt, beruht nun aber auch noch eine zweite Einschränkung des Erfordernisses der bona fides, welche bey Anwendung der extinctiven Verjährung sehr bedeutenden Einfluß zeigt. Die Ursachen, warum bona fides überhaupt bey Verjährung der Klagen nothwendig ist, sind nehmlich von der Art, daß sie einzig auf den letzten Schuldner passen, nur auf dessen Person eingeschränkt würken können, und ich glaube daher, so sehr auch dies auf den ersten Anblick gegen die ausdrücklichen Worte des Gesetzes anzulaufen scheint, dennoch behaupten zu können, daß, um der extinctiven Verjährung gültig statt zu geben, nur derjenige, welcher als Selbstbeklagter sich derselben bedienen will, in bona fide zu seyn brauche, hingegen vorhergegangene mala fides dabey durchaus nicht in Betracht komme. Um diesen Satz gründlich zu erweisen, werde ich etwas wiederholen müssen, inzwischen hoffe ich darum keinen Tadel zu verdienen, wenn nur aus einem solchen Verfahren die Wahrheit meiner Behauptung hervorgeht. Als Vorschrift, welche die Dauer von Klagen bestimmt, würde die extinctive Verjährung mehrerwähntermaßen weiter nichts voraussetzen, als daß der zu Anstellung der befragten Klage festgesetzte Zeitraum von dem Kläger unbenutzt verstrichen wäre, der Beklagte, auf den aus diesem Gesichtspuncte gar keine Rücksicht genommen wird, möchte nun inzwischen um das gegen

ihn

ihn competirende Klagrecht gewußt haben oder nicht. Es könnte also letzterer unter dieser Voraussetzung sich nur der durch die Verjährung begründeten Einrede bedienen und so sich in jedem Fall gegen die Klage schützen; allein das canonische Recht versagt ihm dies, sobald er bey dem Gebrauch dieser Einrede als peccans erscheinen würde. Offenbar ist das eine blos subjective Einschränkung, die keinesweges das Geschäfft selbst afficirt, sondern nur eine persönliche Ungerechtigkeit dessen, der gegenwärtig gerade sich der Einrede bedient, verhindern will. Hieraus aber folgt ungezweifelt, daß demnach einem jeden Beklagten, der nur für seine Person in bona fide versirte, die Einrede der Verjährung zu statten komme, wenn gleich sein anteceſſor noch solange in mala fide gewesen war. Der Maasstab, welchen das canonische Recht hierbey aufstellt, ist der Satz: daß wer ohne sich eines peccati schuldig zu machen, eine Leistung nicht versagen kann, dieselbe zu erfüllen verbunden sey. Dies paßt aber keinesweges auf denjenigen, der seine Verbindlichkeit zu einer solchen Leistung nicht kannte, und dieselbe also bona fide zurückhielte, der jetzt, nachdem der zu Anstellung der auf jene Leistung competirenden Klage nachgelassene Zeitraum bereits verstrichen ist, zuerst erfährt, daß ihm jene Verbindlichkeit obgelegen hätte, dem also für seine Person durchaus nichts einem peccato ähnliches zur Last gelegt werden kann, er bedient sich nun der ganz ohne seine Schuld absolvirten Verjährung in ihrer vollen Wirksamkeit, weil bey dem Ablauf derselben ihn kein Vorwurf eines peccati trifft. War ein vorheriger Besitzer der streitigen Sache, oder in Fällen, wo von einem Besitz überhaupt nicht die Rede seyn kann, im allgemeinen einer von denen, von welchen

die

die gegenwärtig eingeklagte Verbindlichkeit auf den jetzigen Beklagten gekommen ist, in mala fide, so ist das peccatum schon damals, also längst, begangen, und kann höchstens denjenigen, welcher es begieng, zu einer Schadloshaltung verbinden. Einem solchen fällt, indem er wissentlich seiner eignen Verbindlichkeit kein Genüge that, und sich durch Translation des Gegenstands derselben aller Ansprüche zu entledigen gedachte, hierin offenbar ein peccatum zur Last, er also ist, wenn man viel zugeben will, nach dem canonischen Recht die für seinen Gläubiger daraus entsprungenen nachtheiligen Folgen möglichst wieder gut zu machen gehalten, mithin bleibt zwar diesem gegen ihn jedes auf Erlangung eines angemessenen Schadenersatzes abzweckende Rechtsmittel unbenommen, der in gutem Glauben versirende Nachfolger desselben aber, als auf welchen ohne eigne Theilnahme die blos subjective Begehung eines peccati unmöglich mit übertragen werden konnte, braucht davon keine Notitz zu nehmen und sich jene unmoralische Handlung anrechnen zu lassen, wenn er endlich nach vollendeter Verjährung dieselbe in Erfahrung bringt. — Gedenkbar ist zwar ein Fall, wo der gegenwärtige Beklagte, ohne durch eigne malam fidem sein Recht aus der absolvirten Verjährung verlohren zu haben, dennoch jene Entschädigung leisten muß; dies nehmlich alsdann, wenn die nunmehr erloschene Verbindlichkeit auf ihn als Erben eines solchen übertragen wurde, welcher mala fide deren Erfüllung unterlies; — inzwischen wird in einem solchen Falle die Verjährung selbst eigentlich nicht gestört, indem es dieser an keinem der dazu nöthigen Erfordernisse mangelt, allein der Erbe des mala fide saumseligen Schuldners ist, als dessen Repräsentant, für jede

ver-

verbindliche Handlung desselben, mithin auch für die hier in Frage stehende Verbindlichkeit auf Schadensersatz einzustehen schuldig.

So glaube ich entscheiden zu müssen, wenn ich die Gründe meiner Entscheidung blos aus der allgemeinen Disposition des canonischen Rechts und der dabey angegebenen ratio legis abnehme, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht die hier entscheidende Stelle, cap. 20. X. de praescript. über die vorliegende Frage noch besonders etwas bestimmt; Jetzt will ich aber auch dies untersuchen. Die Worte jener Stelle: unde oportet, ut qui praescribit *in nulla temporis parte* rei habeat conscientiam alienae, scheinen freilich etwas andres festzusetzen, als ich oben statuirt habe: inzwischen hoffe ich dieselben nichtsdestoweniger mit meiner Behauptung übereinstimmend erklären zu können. Zwar würde ich die oben gegebene Auslegung selbst dann für zulässig halten, wenn auch wirklich die letzten Worte des allegirten cap. 5. nach ihrem wörtlichen Sinn und der darin liegenden Allgemeinheit damit nicht wohl vereinigt werden könnten, sondern auf irgend eine Art restrictiv erklärt, und mehr beispielsweise, als dispositiv, genommen werden müßten, denn 1.) ist diese Stelle lex novior correctoria, mithin schon in dieser Qualität immer eher einer Einschränkung, als einer Ausdehnung fähig; sie enthält überdies 2.) eine Verfügung, die der eigenthümlichen Natur eines blos positiven, durch das Römische Recht eingeführten und genau bestimmten Instituts geradezu entgegen ist; zudem ist 3.) jener Zusatz, objectiv genommen, nicht einmal eine nothwendige Folgerung aus dem Hauptsatz, indem bey der extinctiven Verjährung der Fall gar wohl gedenkbar ist, wo mala fides tem-

poralis eintrit, ohne daß der Verjährende, wenn er sich nachher auf die Verjährung bezieht, eines peccati beschuldigt werden könnte; dazu kommt aber 4.) daß wenn man auch bey der extinctiven Verjährung den ganzen zur Dauer einer Klage bestimmten Zeitraum hindurch bonam fidem erfordern wollte, dies gegen die muthmasliche und beinahe ungezweifelte Absicht des Gesetzgebers viel zu weit führen würde. Es wäre dann in der That durch dies Gesetz die Verjährung der Klagen, wenigstens in den meisten Fällen, (da nehmlich, wo eine fremde Sache besessen wird), als gänzlich aufgehoben und mit der adquisitiven durch völlige Gleichmachung der Requisite durchaus confundirt und in Eins verschmolzen anzusehen. Die eine würde bey gänzlich gleichen Bedingungen stets mit der andern völlig gleichen Schritt halten, keine ohne die andre anfangen oder vollendet werden können, ja im Grund nur noch eine einzige Verjährung vorhanden seyn. Eine so folgenreiche Wirkung, wie diese, durch eine in solcher Hinsicht nur zufällige Aeusserung hervorzubringen, konnte aber, daran wird kein Vernünftiger zweifeln, des Gesetzgebers Absicht wohl sicher nicht gewesen seyn. — Aus diesen Gründen würde ich es, wie gesagt, den Regeln einer richtigen Auslegungskunst vollkommen angemessen finden, wenn man jenen obstirenden Zusatz: in nulla temporis parte, möglichst zu entfernen, und nur als gegebenes Beispiel, etwa von der adquisitiven Verjährung, wobey dies Erforderniß bekanntlich schon nach Römischem Rechte statt fand, und darum auch, nach der schon oben gerügten Vermischung beider Gattungen der Verjährung von Seiten des canonischen Gesetzgebers, allenfalls hier eine Stelle finden konnte, zu deuten. Indessen bedarf es einer solchen doch immer

mer nicht ganz natürlichen Interpretation hier nicht einmal. Das Gesetz sagt: ut, *qui praescribit*, in nulla temporis parte etc.; das läßt sich hier, ohne allen Zwang e.), so übersetzen: der, welcher die Einrede der Verjährung vorschützt, darf zu keiner Zeit u. s. w., und alsdann wäre hiermit nichts mehr gesagt, als was auch ich zugebe: der letzte Schuldner, der, gegen welchen die Klage erhoben wird, darf nicht in mala fide gewesen seyn, darf zu keiner Zeit von seiner Verbindlichkeit Wissenschaft gehabt haben. Dies stimmt ganz zu dem Grund der Disposition, nehmlich Vermeidung eines peccati, aus welchem es um so mehr zu erklären ist, als schon die Verbindungspartikel: unde, ausdrücklich auf eine solche Beziehung hinweißt. Nimmt man nehmlich den Nachsatz: unde oportet, etc. für eine Folgerung aus dem Hauptsatze: quoniam omne, quod non est ex fide etc., so kann derselbe schon nach seinem wörtlichen Sinne nicht ausgedehnter genommen werden, als von dem gegenwärtigen Beklagten und von derjenigen ganzen Zeit, worin dieser selbst verbindlich war. Hat z. B. ein commodatarius die geliehene Sache 29 Jahre als

sol-

---

e.) Dürfte ich hier diejenige Ansicht voraussetzen, welche ich oben als ächt Römisch angegeben habe, wonach nehmlich praescriptio mit exceptio gleich bedeutend ist, so wäre gar kein Zweifel über die Richtigkeit, ja sogar Nothwendigkeit einer solchen Deutung, als ich hier vorschlage; das aber darf ich nicht. Das canonische Recht nimmt das praescribit nicht in dem Sinne von excipit, in welchem Fall es, als Zeitwort gebraucht, auch wirklich nicht ganz schicklich erscheinet, sondern so, wie man das teutsche Zeitwort: verjähren, braucht. Demungeachtet halte ich die Behauptung für gegründet, daß ohne allen Zwang, unter dem: qui praescribit, derjenige verstanden werden könne, welcher sich der Verjährung bedienen will. Die Natur des Instituts selbst weißt zu deutlich auf eine solche Erklärung hin, und der ganze Zusammenhang verlangt dieselbe ebenwohl.

solche besessen und dem Eigenthümer wissentlich vorenthalten, und veräussert sie im 30ten Jahre an einen dritten, der sie für sein eigen hält, und solchergestalt durchaus in bona fide bis zum vollen Ablauf der dreißig Jahre besitzt, so kann dieser, wenn nun nach dem Ablauf des 30ten Jahres der wahre Eigenthümer mit einer Vindications- oder andern Klage gegen ihn auftrit, sich ohne Zweifel auf die ganzen dreißig Jahre der absolvirten Verjährung beziehen, denn er hatte ja während der ganzen Zeit keine Wissenschaft von der Unrechtmäsigkeit seines Besitzes, begieng also auch kein peccatum dadurch, daß er indessen nichts dazu beitrug, des nunmehrigen Klägers Ansprüche zu befriedigen, die ihm ja unbekannt waren, und die er erst jetzt erfährt, nachdem bereits die Klage rechtlich zu existiren aufgehört hat. Dahingegen im umgekehrten Falle, wenn jemand eine fremde Sache 29 Jahre ohne einigen Verdacht, daß dieselbe einem andern gehöre, entweder selbst in Besitz gehabt, oder sie nach deren Ablauf von einem bonae fidei possessore gekauft hat, und das einzige letzte Jahr die Ansprüche des Eigenthümers kennt, so kann er sich der Verjährung nicht bedienen, denn er könnte, ohne ein peccatum zu begehen, sich nicht auf die dreißigjährige Vernachlässigung der Klage beziehen, deren Gegenstand er wenigstens einige Zeit hindurch, wissentlich dem Kläger vorenthielte. Ebenso darf, wer sich anfänglich in mala fide befand, nachher durch die Länge der Zeit wirklich seine Verbindlichkeit gänzlich vergaß, die Verjährungszeit erst von dem Moment an rechnen, wo er, sich nicht mehr für verbunden zu halten, angefangen hatte.

So bestätigt sich durchgehends meine Behauptung, daß nur derjenige in keiner Zeit von der unerfüllt gebliebenen Verbindlichkeit einige Wissenschaft gehabt haben dürfe, welcher nach absolvirter Verjährung auf deren Leistung belangt wird, und wenn er auch noch so kürzlich erst Inhaber des Gegenstandes der Verbindlichkeit geworden wäre. Oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae heißt also nichts anders, als: Oportet, ut is, qui praescriptione sive exceptione temporis actorem repellit, *pro sua persona* rei alienae conscientiam nunquam habuerit. —

Anhang,

einen literarischen Diebstahl

betreffend.

Beweis,

daß Nettelbladt's Abhandlung von Prälegaten nichts anders, als eine unrechtmäsige, unachtsame und unzweckmäsige Uebersetzung sey.

Als ich im Jahr 1798 meine Inaugural Dissertation de Praelegatis schrieb, hielte ich dieselbe, schon als solche, für zu unbedeutend, um zu erwarten, daß dieselbe dem gewöhnlichen Schicksal von dergleichen Schriften: einer gänzlichen Vergessenheit bald nach ihrem Erscheinen, jemals werde entrissen werden; und nun — bin ich es selbst, der zuerst wieder öffentlich davon redet.

Inzwischen bietet mir hierzu eine Anmaßung des Canzleyraths von Nettelbladt zu Rostock, welche durch die damit verbundne Unbescheidenheit und den sie auszeichnenden gänzlichen Mangel an Vorsicht zu einer in mehrerer Rücksicht für mich nachtheiligen Anmaßung wird, und darum auch, was gegen eine solche ausserdem das passendste Verfahren seyn würde, nicht gänzlich übersehen werden kann, die gegründetste Veranlassung. Hr. v. N. hat nehmlich unter dem Titel: Systematische Entwickelung der Lehre von Prälegaten Rostock und Leipz. 1802. eine Schrift herausgegeben, welche

be-

bestimmt als etwas Neues, als eine gegen die bisherigen vollständigere Bearbeitung der Lehre von Prälegaten angekündigt wird, und, wenn man sie genauer einsieht, durchaus nichts Anders, als eine mit unbedeutenden Abändrungen nur sparsam versehene Uebersetzung meiner oben genannten Dissertation ist.

Verdiente Vorwürfe wegen dieser offenbar widerrechtlichen Handlung, Spott und Tadel über die kleinliche Ruhmsucht, welche daraus hervorgeht, sind mein Zweck bey dieser Rüge sicher nicht, wie auch schon die vorläufige Anzeige, welche ich dem Intelligenz Blatt der Allgemein. Litter. Zeitung einrücken lassen, davon einen Beweis abgiebt. Aber wie ich dort mich erboten, das wahre Verhältniß der Sache ohne Rückhalt aufzudecken, darüber, was ich dort behauptet, einen bündigen Beweis durch augenfällige Belege zu führen, dies ist allerdings meine Absicht, und ich glaube das mir selbst schuldig zu seyn.

Wenn ich die Nettelbladt'sche Abhandlung vorhin eine unrechtmäsige, unachtsame und unzweckmäsige Schrift nannte, so sind dies drey harte Beschuldigungen, und nur die klare Ueberzeugung von deren Wahrheit kann mich vor Verantwortung schützen. Aber wenn nun eine kalte Untersuchung der dazu verlassenden Gründe wirklich eine solche Ueberzeugung hervorbringt, wenn es sich daher ergiebt, daß der Arbeit des Hrn v. N. wirklich alle diese Fehler zur Last fallen; dann, hoffe ich, wird man es mir nicht verdenken, der näheren Auseinandersetzung jener Gründe hier eine Stelle vergönnt zu haben.

I.

Beweis der Unrechtmäßigkeit der Nettelbladtschen Abhandlung.

Die unter dieser Rubrick beyzubringenden Thatsachen liefern im Allgemeinen zwey Haupt Resultate, nach welchen ich darum den Vortrag derselben im Einzelnen am Besten ordnen zu können glaube.

A.) Es ist die vorliegende Schrift, als solche, durchaus geraubtes Gut. Denn der Verfasser hat

a.) die Einrichtung derselben im Allgemeinen, das System des ganzen Aufsatzes lediglich von mir entlehnt.

Man vergleiche nur, um hiervon den Beweis zu finden, die Inhalts Anzeige beider Abhandlungen. Nicht blos die Einleitung und allgemeinen Grundsätze im ersten Abschnitt sind die nehmlichen, wie in meinem Parte generali, denn er redet: 1.) vom Begriff des Prälegats; 2.) dessen verschiedenen Benennungen; 3.) von einigen ähnlichen Begriffen; 4.) von der Art, wie Prälegate verlassen werden und 5.) von allgemeinen rechtlichen Grundsätzen; Ich hingegen handle a.) de notione praelegati; b.) de casibus, qui speciem praelegati prae se ferunt; c.) de variis praelegati denominationibus; d.) atque distinctionibus, a modo constituendi; e.) de ipsis iuris principiis, tam ex natura negotii, quam ex iure positivo.

Noch auffallender aber treffen die Rubricken des speciellen Theils zusammen, und die einzige Verschiedenheit dabey ist, daß manche Glieder der übrigens wörtlich benutzten Distinctionen versetzt und durcheinandergeworfen sind, um doch wenigstens in Etwas die Spur einer fremden Hand sichtbar werden zu lassen. Am besten wird es seyn, ich stelle sie neben einander, jene nach der gewählten Ordnung, die meinigen mit Beziehung auf die einzelnen Paragraphen, wo sie zu finden sind.

A) Rechtliche Grundsätze in einzelnen Fällen:	A.) De iuribus ipsis, quae obtinent:
A.) der Prälegatar trit die Erbschaft an:	A.) Si praelegatarius hereditatem adit:
I.) und hat keine Kollegatarien:	I.) Collegatarius non adest:
a.) Regel.	a.) principia generalia: §. 18.
b.) Anwendung.	b.) casus speciales:
α.) Concurrenz zur Schuldenzahlung.	α.) an praelegatarius concurrat ad solut. onerum hereditar. §. 19.
β.) Berechnung der falcidischen Quart.	β.) an praelegata Falcidiae imputentur: §. 20.
γ.) beim Fideicommiß:	γ.) quid iuris circa restitutionem fideicommissi:
1.) wenn der Prälegatar die Erbschaft restituiren soll:	1.) Si reliqua bona citra praelegatum restitui debent:
a.) wie fern das Prälegat hier begriffen ist:	a.) quatenus praelegatum cum his restituatur: §. 22.
	b.) Be-

b.) Berechnung der trebellianischen Quart.

ß.) Werden Prälegate in den Pflichttheil berechnet, und müssen sie eingeworfen werden?

c.) Ob die Erben zur Evictions-Leistung gehalten sind?

II.) Es sind Kollegatarien da:

a). und erwerben das ihnen zugedachte Emolument.

b.) sie erwerben es nicht.

B.) Der Prälegatar trit die Erbschaft nicht an:

I.) Er ist Universal-Erbe.

II.) Es sind Miterben vorhanden.

a.) und der Prälegatar will die Erbschaft nicht antreten.

b.) er kann sie nicht antreten.

B.) Von den Mitteln des Prälegatars, sein Recht zu verfolgen.

b. utrum quartae Trebellian. illud imputetur: §. 23-25.

ß.) de aliis quaestionibus remissive (ubi de legitima et collatione): §. 27.

c.) an praelegato evicto heredes actio teneat; §. 26.

II. Si collegatarium habet, qui

a.) suam portionem adquirit: §. 16.

b.) vel non adquirit: §. 17.

B.) Si praelegatarius hereditatem non adquirit:

I.) Cum heres ex asse scriptus fuerit: §. 32.

II.) cum coheredes habeat:

a.) vel sponte eam repudiat: §. 28.

b.) vel aliam ob causam adquirere prohibetur: §. 29-31.

B.) De remediis iuris, quae occasione praelegati occurrere possunt: §. 34-35.

b.) Auch

b.) Auch der speciellere Inhalt jener Abhandlung ist durchgehends aus der meinigen genommen, indem

α). die Aehnlichkeit beider so gros ist, daß man nicht nur die einzelnen Paragraphen derselben durchgehends neben einander stellen und miteinander belegen, sondern auch zu einem jeden §. der Nettelbladt'schen Abhandlung den Stoff aus einem der meinigen nachweisen kann.

Den Beweis hievon führe ich auf eben die Art, wie ad a., weil diese den wenigsten Zweifel übrig läßt:

A.) Einleitung der Nettelbladtschen Abhandlung:

§. 1.	— ist in der meinigen	§.	1.
§. 2.	—	—	§. 15. u. §. 1. in f.
§. 3. 4.		—	§. 3.
§. 5. 6.		—	§. 2.
§. 7.	—	—	§. 4.
§. 8. 9.		—	§. 7.

B.) Rechtliche Grundsätze:

Iter Abschnitt:

§. 1.	— ist in der meinigen	§.	8.
§. 2. 3.		—	§. 5.
§. 4.	—	—	§. 8.
§. 5. 6.		—	§. 6.
§. 7. 8.		—	§. 8.

IIter

IIter Abschnitt:

Ite Abtheilung:

Einleit. ist in der meinigen §. 15.

1tes Kapitel:

§. 1.	—	§. 18.
§. 2. 3.	—	§. 19.
§. 4.	—	§. 20.
§. 5. 6.	—	§. 22.
§. 7.	—	§. 23. 24.
§. 8.	—	§. 25.
§. 9.	—	§. 21.
§. 10.	—	§. 27.
§. 11.	—	§. 26.
§. 12.	—	§. 16.
§. 13.	—	§. 9. 11.
§. 14	—	§. 10. 12.
§. 15.	—	§. 17.

2tes Kapitel:

§. 1.	—	§. 32.
§. 2.	—	§. 28.
§. 3.	—	§. 29.
§. 4.	—	§. 30.

IIte Abtheilung:

§. 1.	—	§. 34.

β.) Diese Aehnlichkeit wird an den meisten und gerade den wichtigsten Stellen sogar zur unverkennbaren Gleichheit:

Zum Beweis folgende Stellen einer beinahe durchgehends wörtlichen Uebersetzung:

Rettelbladtsche Abhandlung	Meine Dissertation.
§. 21. §. 2. 3.	§. 5.
Jeder, der das Recht hat, über seine Nachlassenschaft frey zu disponiren, kann natürlich auch bestimmen, mit wie vielen und unter welchen Rechten sein Erbe gewisse Sachen besitzen soll, wenigstens läßt sich kein Grund denken, der ihn hierin einschränkte. Er kann bestimmen, daß Jemand einen Theil seiner Verlassenschaft als Erbe, den andern als Legatar besitzen soll, und es scheint natürlich, daß dieser nun auch mit dem Rechte, welches ihm der Erblasser einräumt, Besitzer und Eigenthümer der vermachten Sachen wird, und das, was ihm der defunctus bestimmt, ganz erhält, ohne Rücksicht, ob er Miterben oder Theilnehmer am Vermächtnisse hat. Sonderbar ist es, wenn die Römischen Gesetze sagen, der Prälegatar erhalte einen Theil seines Vermächtnisses von sich selbst, da dies doch so wenig bey ihm, wie beim Legatar der Fall seyn kann, beide haben es vom Testator. Richtiger vorgestellt hängt die Sache folgendergestalt	Testator de bonis, quae pleno iure ad eum spectant, pro lubitu disponere, aliisque circa ea talia iura concedere potest, qualia ipsis competere vult. Ita nihil impediret quo minus portionem bonorum alicui ita relinquat, ut pro parte iure hereditario pro parte legati iure ad eum pertineat, seu quod idem est, eundem heredem instituat atque legato impertiatur. (—Semper eam portionem, quam testator legati nomine ipsi destinavit, *hoc iure* quoque in solidum acciperet, nullo respectu habito, utrum solus heres sit, an coheredes habeat, utrum soli legatum relictum sit, an collegatarius ipsi fuerit adjunctus — pag. 8. lin. 10.). Tali modo neque dici posset, hunc legatum aut partem eius a se ipso accipere, sed potius directe a testatore emolumentum diverso iure haberet. Quum autem ius Romanum statuat, quod in quavis parte bonorum defuncti ius hereditarium alicui competere oporteat,

stalt zusammen. Die Römischen Gesetze lehren, daß auf jeden Theil der Erbschaft jemanden ein Erbrecht zustehen müsse, und erklären daher die Legate für einen Theil der Erbschaft, weil sie stets aus einem bestimmten Theile derselben gezahlt werden müssen Bey Prälegaten sind dieselben Gesetze anwendlich: auch sie müssen aus der Erbschaft und aus einem bestimmten Theile derselben gezahlt werden; da nun das Prälegat seiner Natur nach alle Theile der Erbschaft ergreift; so folgt, wenn nur ein Erbe da ist, daß dieser es ganz, wenn er aber Miterben hat, diese, pro rata mit ihm, die Erbschaft von der auferlegten Verbindlichkeit befreien müssen. Der Prälegatar hat keinen Theil des Legats von sich selbst, sondern immer vom Testator, nur auszahlen muß er sich pro rata. Wenn wir dies genau unterscheiden, so widerlegt sich der Irthum älterer Rechtsgelehrten sehr leicht, die sich bemühen, jenen Anfangs aufgestellten positiven Grundsatz aus der eigenthümlichen Beschaffenheit dieses Instituts herzuleiten. Sie schließen so: was jemanden schon gehört, kann er sich unter keinen Umständen mehr erwerben, dies müste aber beim Prälegatar der Fall seyn, wenn der Prälegatar, was als Erbe schon sein Eigenthum ist,

teat, eamque ob causam etiam legata tanquam partes hereditatis considerent, ex qua delibantur, notio praelegati inde formata necessario supponit, ut ab herede quodam, in quem primario atque directe a testatore translatum fuit, praestetur, et hinc sequitur, ut et praelegatarius, si solus heres est, totum, si coheredes habeat, partem quidem ab his, reliquum autem a se ipso exigere debeat. Ceterum autem hoc voluntatem testatoris, quatenus de iuribus praelegatario concedendis, sermo est, nihil prorsus mutaret: legatum quidem a se vel coheredibus acciperet, acceptum vero iure legati totum haberet. Plurimi quidem iurisconsulti affirmant, per rei naturam quoque praelegata, quatenus a se ipso quis habeat, consistere non posse, ducti praesertim illo principio, quod quae propria alicui sunt, amplius eius fieri nequeant, quod tamen in praelegatario contingeret, qui, quae iam ut heres habeat, die legati veniente huius iure sit adquisiturus. Sed si quod res est consideramus, patet, praelegatarium in praelegato minime, quod iam habet, adquirere, sed quod quidem habuit, nunc vero habere desiit; eodem enim momento, quo he-

ist, noch einmal als Legatar erwerben sollte. Dieser Schluß scheint unrichtig — —; der Prälegatar erwirbt sein Eigenthum nicht, sondern das, was ihm vom Testator verlassen ist, was sich noch nicht in seinem Besitz befand, was gewissermassen sein eigen noch nicht war. Als Erbe muß er es sich zwar, wenigstens theilweise, zahlen, allein er stellt eine doppelte Person dar, er ist Erbe und Legatar, und in erster Qualität konnte er nach dem testatorischen Willen das Prälegat als solches gar nicht erwerben, und hat es auch nicht erworben. Hier gilt der Grundsatz de uno homine plures repraesentante personas; in dem Augenblick, da er seiner Verbindlichkeit als Erbe ein Genüge leistet, hört er in Rücksicht des Theils auf, Erbe zu seyn und trit in die Rechte des Legatars, kömmt als Legatar erst in den Besitz der Sache

heres legato oneratus hoc persolvit, tolluntur atque exspirant omnia iura, quae hactenus ipsi, qua heredi, circa illud competebant. — Ita autem aliud principium obstare videtur, quod scilicet nemo a se ipso capere atque ipse sibi praestare aliquid possit. Verum et hoc dubium evanescit, dummodo utramque personam, qnam praelegatarius gerit, distincte separemus. *Tanquam heres* ipse sibi, *qua legatario* legatum persolvit, et quod antea in qualitate heredis possidebat, nunc ut legatarium ad eum spectat.

§. 42. §. 4.

Hieran reihet sich die Untersuchung, wie es mit dem Prälegate bey Berechnung der Falcidischen Quart gehalten wird, sehr natürlich. — — Dem Inhalte des Falcidischen Gesezes gemäs wird die Quart von allen den Sachen, die titulo universali an den Erben kommen, wohin allerdings auch die Legate, die weil der Le-

§. 20.

Accedo iam ad aliam quaestionem modo absolutae non adeo disimilem: utrum et quatenus praelegatarius portione, in qua institutus est, legatis exhaustа, Falcidiae hisce detrahendae praelegatum imputare teneatur? — Siquid in iure certum, sane illud certissimum est, in quartam heredi-

Legatar sie nicht erwerben kann oder will, an jenen zurückfallen, zu zählen sind, berechnet.

Vom Prälegat kann also nur der einige Theil mit in die Berechnung der Quart gezogen werden, den der Erbe iure hereditario erhält, alles übrige erhält er als Legat, und bleibt von jeder Computation ausgeschlossen. Der Einwand, daß die Falcidische Quart nach dem Vermögenszustand zur Zeit des Todes des Testators berechnet werden soll, und zu der Zeit dem Prälegatar sein Emolument ganz iure legati angefallen war, wird dadurch beseitigt, daß diese Regel zwar alle künftige zufällige Erbschafts-Vermehrungen von einer Berechnung ausschließt, nicht aber solche, die nach gesetzlicher Vorschrift durch die Einsetzung selbst schon künftig bestimmt und gewiß werden.

ditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res, quas iure hereditario capit; hereditario jure autem et legata quae legatarii non capiunt, apud eum remanere et ideo quadranti imputari — difertis verbis in legibus statuitur. Atque his consequenter dici poterit, et praelegatum pro ea parte, quam praelegatarius a se ipso haberet, et quae ut invalida iure heredatario penes eum remanet, in quartam esse imputandum, quatenus vero ut legatum consistit, Falcidiae exemtum esse. — — Dubium quidem hic moveri mihi posset ex eo, quod in ratione legis Falcidiae ineunda mortis tempus semper observandum sit, hoc tempore autem praelegata, quippe quae ab initio in solidum valida, postea demum hereditate a praelegatario adita exspirant, integra adhuc legatorum iure valuissent, atque ideo tota quoque imputationi in quartam esse exemtas; sed firmatur tamen sententia mea hisce argumentis: 1.) Si leges in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari volunt, hoc ipso ea tantum excludunt incrementa, quae ex accidente postea hereditati obveniunt, non vero ea, in quae vi institutionis iam heredi ius quoddam futurum atque eventuale competit. etc.

S. 48. §. 7.

Ich nähere mich jetzt der interessantesten und schwierigsten Controverse in dieser Lehre, der Frage, wie es mit Abzug der Trebellianischen Quart gehalten werde? — Die Juristen treten auf zwey Seiten und jeder Theil nimmt seine Gründe aus denselben Gesetzen; beide beziehen sich auf den l. 91. ad leg. Falc. und l. 24. C. fam herc. Unstreitig gehören diese Fragmente zu den schwierigsten im corp. iur Zuerst vom l. 91 der Theil der Rechtslehrer, der in die Falcidische Quart keinen Theil des Prälegats gerechnet wissen will, nimmt zwischen jener und der Trebellianischen Quart keinen Unterschied an a.). sondern sucht einerley Rechtssätze auf beyde anzuwenden.

Mir scheint ein Unterschied in dem Gesetze gegründet. Das Wort sed bezweckt deutlich einen Gegensatz, und wollen gleich jene Juristen hinter sed, et oder etiam aus gelassen wissen, so bleibt, zu geschweigen, daß eine solche Emendation offenbar gezwungen ist, die gröste Schwierigkeit, die in den Worten des Fragments: id est, quod a coherede accipitur liegt, immer unerklärt; diese Worte blei-

§. 23. 24.

Superest alia quaestio — utrum fiduciarius etiam praelegatum ipsi relictum huic (quart. Treb.) imputare teneatur an vero ultra quartam habeat? — Stant ab utraque parte Jureconsulti peritissimi, quorum alii affirmant alii vero negant. Sed quum eorum auctoritas sola, nisi legibus quoque suffulciatur nullius plane apud me sit momenti, merito quoque hic legem quaero, quam in decidenda hac controversia ducem eligere possim. Nec mihi ea deest; provocant enim omnes illi ad utramque sententiam confirmandam ad l. 91. ad l. Falcid. et l. 24. C. fam. herc. — — Quod primum l. 91. cit. attinet, ea his constat verbis: etc. — Quotquot autem Jureconsulti de huius legis interpretatione operam dederunt, nemo eorum tamen ita in ea versatus est, ut calculum ei adjicere possim. Alii nullum prorsus inter Falcidiam atque Treb. discrimen agnoscunt, sed quae de *illa* supra exposui, de utraque valere putant. Verum huic assertioni ideo subscribere non possum, quia 1.) in dicta lege per verba: *sed in fideicommissaria*

a.) Hiervon unten mehr: vid. lit. γ.

bleiben dann unverständlich, sie müsten ohne Absicht da stehen. Endlich ist jene Erklärung gegen den ausdrücklichen deutlichen Sinn des Gesetzes, welches durch die Worte: in quartam id ei imputetur daran gar nicht zweifeln läßt, daß ein Theil des Prälegats mit in die Trebellianische Quart gerechnet werde.

("Warum hat Hr. v. N. diesen letzten Satz so wörtlich mitübersetzt, und die im Original dabey stehende Erläuterung weggelassen. Ohne diese sagt er als Gegengrund durchaus nichts, denn daß ein Theil eingerechnet werde ist gerade der Gegner Meinung; es kommt also blos darauf an, welcher hier gemeint seyn könne, und das ist ohne nähere Erklärung unverständlich.")

Eben so wenig leuchten mir die Versuche des Donellus, Duarenus und Faber zur Verdeutlichung dieses Gesetzes ein, besonders wenn der Letztere die letzte Zeile von "extra" an, wegstreichen will.

ria., aperte disiunctio quaedam indicatur, unde colligo, de Treb. alia obtinere debere ac de Falcidia. Neque hocce objectum interpretes illi aliter diluere possunt, quam si contendant, particulam *et* vel *etiam*, post verbum: *sed* esse subintelligendam. Deinde vero 2.) ulterius illorum opinioni obstat, quod ea comprobata, nemo sane intellecturus sit, cui bono verba: *id est quod a coherede accipitur*, adjecta essent, quum iisdem fere formulis idem plane ruminantur, quod modo dictum fuit. Denique 3.) hoc saltem ex illa lege eiusque verbis: *in quartam id ei imputetur*, indubie constat, aliquam certe praelegati partem Trebellianicae imputandam esse; Quum vero ea pars, quam praelegatarius a semet ipso habet, simul cum cetera hereditate restituatur, nulla amplius praelegati portio penes eum superest, quam quae a coheredibus accipitur.

Alii quoque JCti iam pridem uriusque quartae differentiam agnoverunt. — Et quin horum partes et ego sequerer, nullus dubitavi, licet, quam et ii ferunt, cit. l. 91. interpretationem, amplecti minime lubeat. Neque enim probata mihi

est

Je schwieriger nach allem Angeführten das Gesetz ist, um so mehr Nachsicht kann ein neuer Versuch, es zu erläutern, erwarten. Meiner Ueberzeugung nach hebt sich, wenn man hinter quod, non setzt, alle Dunkelheit. --

S. 58. §. 12.

In Rücksicht der Miterben und in Rücksicht auf das, was diese als Legat auszahlen, bleibt es bey dem Vorgetragenen; der Theil des Legats hingegen, den er sich selbst auszuzahlen verbunden ist, und den er sonst iure hereditario erwerben und besitzen würde, fällt, da er ihn nach Vorschrift der Gesetze nicht erwerben kann, den Kollegatarien zu. Sie besitzen also

est opinio *Donelli*, qui etc. Neque cum *Duareno* verba: pro ea vero sqq. ad principium legis referre iuvat. Neque tandem violentam *Fabri* textus emendationem adprobare possum, qui particulae: *vero* substituere vocabulum: etiam, simulque verba: extra — accipitur, temera falce recidere cupit etc.

Hinc lubens subscribo iis, quae Hertio de ea lege videbantur, quum: „Tantae, dicat, difficultates se offerunt, ut dubitari fere possit, annon vitium huius legis sit in scriptura". — Sed exigua tantum correctione hocce vitium tolli, atque tali modo lex illa applanari posse mihi videtur. Equidem solam voculam: *non* inserere vellem post verba: *id est quod*. —

§. 16.

Praelegatarius eam quidem partem, quam coheredes ipsi praestant, ab his exigere poterit eamque iure legati habebit; illa vero, quam a se ipso caperet, quum invalida sit, collegatario adcrescit; hinc ergo collegatarius duas in legato habebit partes bene distinguendas: alteram quae ex voluntate testatoris ipsi debetur, et quod ad hanc attinet,

also das Vermächtniß theils nach der Absicht der Einsetzung und dem Willen des Testators, theils nach Vorschrift der Gesetze, iure accrescendi. Der Unterschied zwischen beiden Erwerbungs Arten ist practisch. Dies zeigt sich zuerst, in Rücksicht der Zeit des Erwerbs; das, was dem Kollegatar vom Testator verlassen ist, erwirbt er mit allen haftenden Rechten beim Tode desselben; jenen Theil, der ihm vi iuris adcrescendi zusteht, erst durch den Erbschaftsantrit seines Kollegatars, denn vorher bestand dessen Prälegat, und er hatte Rechte auf sein ganzes Emolument; dies verändert der Erbschaftsantritt. Ein zweiter Unterschied zeigt sich in folgendem: Sonst kann man ein Legat nicht pro parte erwerben und pro parte ausschlagen, hier geht es an, den durch das ius accresc. angefallenen Theil nicht zu erwerben, und blos den Andern, vom Anfang iure legato (? besessenen zu behalten.

tinet, de ea valent omnia principia, secundum quae et alia legata dijudicantur; alteram autem, quae a praelegatario in eum devolvitur, atque hanc vi iuris adcrescendi adquirit. Quae vero diversitas in fundamento adquisitionis vario modo effectus suos exserit, numirum a.) quoad tempus adquisitionis, nam portionis principaliter collegatario relictae dies cedit, ut in aliis, a morte testatoris, quum e contrario portionem a praelegatario adcrescentem demum adquirat a tempore aditae hereditatis; antehac enim totum legatum optimo iure consistere potuit, nunc vero in adquisitione hereditatis eventus existit, impediens, quo minus praelegatarius integrum illud retineat. — Alia utriusque partis differentia b) haec est, quod licet alias legatum pro parte accipere pro parte repudiare non sit permissum, attamen hoc casu collegatarius, retenta sua portione, partem adcrescentem omittere non prohibeatur.

S. 61. § 13.

Das erstere Gesetz disponirt dahin, daß die Prälegatarien, wenn sie auch zu ganz ungleichen Theilen Er

§. 21.

Disponit enim l. 67. cit., praelegatarios, licet inaequaliter heredes institutos, ex tenore ultimae voluntatis

ben geworden sind b.), dennoch dem Willen und der Absicht des Testators gemäs, das Prälegat zu gleichen Theilen erwerben, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, was sie in der Folge durch die, aufs Legat gesehen, ausserwesentliche und zufällige Handlung des Erbschafts Antrits wechselseitig verlieren oder gewinnen.

Diese Erklärung rechtfertigen die Worte des Gesetzes, die blos von eingesetzten c.) Erben, nicht von solchen, die die Erbschaft bereits angetreten haben, reden. Ferner deutet der Ausdruck pars hereditaria nur einen solchen Theil an, auf den jemand zum Erben eingesetzt ist, — pro herede scriptus, — kann also den partibus virilibus allerdings entgegengesetzt werden, welches mit den in l. 34 bezielten Portionen nicht angeht. So steht das l. 67. keinem andern Gesetz entgegen; es bestimmt ganz allgemein, daß, wenn ein Mehreren verlassenes Prälegat in Rücksicht der Vertheilung keine Bestimmung erhalten hat, anzunehmen ist, es gebühre allen zu gleichen Theilen.

tis tamen in praelegatum aequale ius adquirere, nullo respectu habito, quamnam partem illi tunc, si hereditatem quoque adierint, ob singularem praelegati naturam actu sint consecuturi.

Probant hancce interpretationem ipsa legis verba, quae de legatariis loquuntur, qui simul heredes instituti, neutiquam vero de iis, qui heredes quoque facti sunt. Quod vel ex eo patet, quia nulla in hac lege partis fit mentio, quam a se ipso haberent, quod omnino tunc demum dici potest, si legatarii heredes instituti hereditatem quoque adierunt. Verbum: hereditaria absque dubio eas indicat portiones, pro quibus legatarii heredes scripti sunt, ex quo sequitur, has non vero illas partes, quas memorat l. 34. cit. virilibus contradistingui, de alio itaque plane casu in nostra, ac in illa lege sermonem esse; deinde vero neque decisio legis supra exposita aliis legibus adversatur, quae potius generatim disponunt, quod in legato pluribus relicto, si partes non sind adjectae, aequae servari debeant.

Die-

---

b). „Geworden sind" ist offenbar unrichtig und nach des Vfs. eigner Ausführung inconsequent.

c.) Man sehe die vorige Note.

Diese Proben mögen vorerst hinreichen, die vollkommene Identität des Inhalts beider Abhandlungen zu bezeugen; deren mehrere zu extrahiren, würde mir leicht gewesen seyn, wenn ich es der Mühe werth hielte, so vielen Raum daran zu verschwenden; inzwischen kann ich doch nicht umhin, noch auf folgende Hauptstellen, welche aus dem 19ten, 22, 25, 21 und 17ten Paragraphen meiner Dissertation geschöpft sind, wenigstens im Allgemeinen aufmerksam zu machen: S. 39. §. 2. 3. S. 44. §. 5. u. S. 47. Not. 5. S. 52. §. 8. S. 54. §. 9. S. 64. §. 15.

2.) Ja es sind Stellen mit übersetzt, die Nettelbladt offenbar nicht verstanden hat.

In zwiefacher Hinsicht kann ich mich deshalb auf den 4ten §. des 2ten Kapit. S. 62. beziehen. — In der Not. m. pag. 22. meiner Dissertation sage ich nehmlich: „idem quoque (quod „nimirum pro parte virili legatum accipiant) „*semper* obtinet eo in casu, si praelegatarii *re* „*coniuncti* sunt, sive tunc repudiaverint hereditatem sive adquisiverint; per ea, quae legun„tur in l. 80. de legat. III. l. un. §. 11. de caduc. „toll." — Nettelbladt übersetzt dies am Ende des oballegirten Paragraphen buchstäblich so: „oder „ferner, wenn sie re coniuncti sind, sie mögen „die Erbschaft antreten oder nicht, nach der „Disposition der l. 80. de leg. III. l. un. §. 11. „de cad. toll.". — Wenn ich ihn nun aber frage; warum sollen praelegatarii re coniuncti

das

das Prälegat stets zu gleichen Theilen haben und wie folgt dies aus den allegirten Gesetzen, die doch eines Prälegats mit keiner Silbe erwähnen? — so bin ich sicher, darauf keine Antwort zu erhalten. Ich gestehe nehmlich, daß mir selbst jene Note so unbestimmt und so unzulänglich motivirt scheint, daß ich es Niemanden verdenke, wer sie als unverständlich ganz verwirft, ja daß mich dieses weniger befremden werde, als ein buchstäbliches Nachbeten derselben wie eines allgemein bekannten Gemeinspruchs. Wie ich sie erläutern kann, will ich vor der Hand einmal noch nicht sagen und nur bemerken, daß ihre Bestimmung war, nur einem möglichen Einwurf zu begegnen, der mir bey der Bearbeitung dieser Lehre einfiel, und den ich selbst gegenwärtig Anders beurtheile. Zur Entschuldigung des hierdurch veranlaßten unverständlichen Andeutens erinnere ich jedoch an die oben geäusserte Idee der Unbedeutenheit von dergleichen Localschriften.

Sodann gibt Nettebladt in der 3ten Note zu dem allegirten §. drey Fälle an und sagt beim letzten: „Pfeiffern §. 11 verstehe ich nicht, „ich kann mir diesen letzten Fall nur denken, „wenn die Prälegatare zu gleichen Theilen zu „Erben eingesetzt sind.“ Da nun aber von dieser Voraussetzung (einer Einsetzung zu gleichen Theilen) in der vorliegenden Stelle durchaus keine Rede war, so sagt das Bekenntniß

des

des Hrn. von N. gerade soviel, als: ich kann mir den dritten Fall gar nicht denken. Aber wenn das ist, warum übersetzt er ihn dann mit, warum sagt er nicht lieber: es gibt nur zwey Fälle, Pfeiffer nimmt deren 3 an, jedoch ohne Grund. — Es hat übrigens die Annahme dieses 3ten Falles allerdings ihren Grund, den jeder nachdenkende Leser im 11ten §. meiner Dissert. klar ausgedrückt finden wird.

Noch einen Beleg meiner Behauptung findet man S. 48. §. 7. — In meinem 24ten §. sage ich nehmlich: Mehrere Juristen beurtheilen beide Quarten nach gleichen Grundsätzen. Dies schreibt Nettelbladt mir wörtlich nach, versteht es aber unrecht und gibt davon folgende Erklärung: „Der Theil der Rechtslehrer, „der in die Falcidische Quart keinen Theil des „Prälegats gerechnet wissen will, nimmt zwischen jener und der Trebellianischen Quart „keinen Unterschied an.“ Ich glaube nicht, daß noch irgend jemanden in den Sinn gekommen ist, von der Falcidischen Quart zu behaupten, daß in dieselbe kein Theil des Prälegats gerechnet werde d.), und Hr. v. N. thut den

von

d.) Daß die iure hereditario geltende Portion des Prälegats in die Falc. Quart gerechnet werde; darüber läßt die l. 91. cit. einmal keinen Zweifel; auch sagt Cuiac. l. c. ausdrücklich: pro sua scilicet parte, quoniam pro ea parte res legata iure hereditario capitur; und Herr, wenn er

auch

von ihm in der Note allegirten Rechtsgelehrten sehr unrecht, wenn er ihnen eine so ungereimte Aeusserung in den Mund legt. Mit der von ihnen behaupteten Gleichstellung beider Quarten hat es vielmehr die Bewandniß, daß sie die Treb. Quart nach der Falcidischen beurtheilen und von beiden behaupten, daß nur pars hereditaria eingerechnet werde, das übrige aber, quod a coheredibus solvitur, extra quartam sey.

Ein viertes hieher gehöriges Beispiel werde ich unten sub B. 4. beibringen.

c.) Das Uebersetzte ist nicht einmal ausführlicher erörtert, noch sind dabey Verbesserungen angebracht und die etwaigen unrichtigen Behauptungen widerlegt, sondern es betreffen

d.) alle eignen Zusätze blos die Form im Ganzen, äusserst selten die Sache selbst und selbst dann nur in sehr unbedeutenden Puncten.

Der Beweis dieser beiden Beschuldigungen ist theils schon äusserlich sichtbar, theils durch Ver-

---

auch nicht buchstäblich das nehmliche sagt, läßt doch, nach der vorhergegangenen bestimmten Erklärung, daß das Prälegat theils titulo singulari theils universali gelte, auf nichts anders vernünftiger Weise schliessen, als daß er nur von jenem Theile die Exemtion verstanden haben wolle. — Meier habe ich nicht bey der Hand, bin aber auch ohne weitere Einsicht überzeugt, daß er eben so wenig daran gedacht hat, alle Theile des Prälegats auszunehmen.

Vergleichung einzelner Stellen leicht zu erbringen. Vorerst den äusseren Beweis: Meine Dissertation enthält 8 Bogen, die Nettelbladtsche nicht völlig 5, also diese, auch mit Rücksicht auf den engeren Druck, wenigstens nicht mehr, als jene. Hierunter sind nun ausserdem noch mehrere Seiten mit allgemeineren Aeusserungen angefüllt (z. B. S. 25. 33. 70.), welche an sich ganz gut und passend sind, doch aber auf den vorliegenden Gegenstand keine eigenthümliche Beziehung haben. Jeder Gedanke an gröfere Ausführlichkeit streitet daher schon gegen die phisische Möglichkeit. Zudem überzeugt man sich gar bald, daß die ganze Abhandlung eher ein Auszug als ein Commentar der meinigen zu nennen sey; wenigstens habe ich weiter keine neuen Zusätze, als einen Theil des 10ten §. S. 55. und des 2ten S. 67, so wie den ganzen 10. §. S. 18. gefunden. Ob nun aber diese gehaltvoll genug sind, um allein das Daseyn eines sonst nur abgeschriebenen Products zu rechtfertigen, darüber läßt die Einsicht derselben keinen Zweifel. Doch es finden sich ausser diesen noch einige Widerlegungen von dem was ich behauptet, welche ich, um unpartheiisch zu seyn, auch nicht verschweigen darf. So will Hr. v. N. im 4ten §. der Einl. gegen mich beweisen, daß prae nicht voraus, sondern ausser heisse, sodann eben daselbst §. 7, daß die Benennung: stillschweigende Prälegate unpassend sey, desgleichen in der Not. 4. S. 27,

daß

daß ich das Prälegat quoad partem inutilem nicht hätte *irritum* nennen sollen; und endlich S 9 §. 5., daß das, was *praeter portionem hereditariam* legirt wird, doch ein Prälegat sey — Alles stattliche Einwürfe, die ich ohne Schaden allenfalls zugeben oder ableugnen kann, — so unbedeutend sind sie!! Nur eine einzige Bemerkung in der ganzen Abhandlung ist neu und dabey richtig, die nehmlich, daß die l. 86. ad l. Falc. von einem fideicommisso singulari nicht wohl verstanden werden könne. Doch auch hier zeigt sich des Verfassers wenige Ueberlegung und es kann daher die zugegebene Richtigkeit auch nur eine negative seyn, indem die von ihm substituirte Erklärung noch viel weniger auslänglich und gut gewählt genannt zu werden verdient. Er selbst nennt sie gewagt; das ist sie freilich, so ziemlich zum Tage hinein. Lieber aber möchte ich sie gedankenlos nennen und als Beispiel der möglichsten Inconsequenz anführen. Nettelbladt will a.) das ganze Gesetz von einem fideicommisso universali, und b.) die Worte integra legata von dem iure legati geltenden Theil des Prälegats verstanden wissen. Für die erste Behauptung führt er gar keine, für die letzte aber mehrere so ganz unbedeutende Gründe an, daß sie kaum eine Erwähnung verdienen. Dagegen stehen beiden Sätzen solche einleuchtende Gründe entgegen, daß mein Urtheil von Inconsequenz und Gedankenlosigkeit dadurch hinlänglich gerechtfertigt werden wird. Wenn

nehm-

nehmlich *ad a.* von einem fideicommisso universali und dem zufolge von der Trebellianischen Quart die Rede seyn soll, warum verordnet das Gesetz in der Regel nur die Einrechnung eines Drittheils, da nach N's eigner Behauptung der Trebellianischen Quart Alles ohne Unterschied imputirt werden muß? — Hiervon läßt sich schlechterdings kein Grund angeben, noch viel weniger aber begreifft man, warum, wenn *ad b.* unter dem Ausdruck: integra legata nur der Theil des Prälegats, welcher als wahres Legat gilt, zu verstehen ist, selbst nicht einmal dieser Theil ganz eingerechnet werden, sondern da sogar noch eine weitere Theilung statt finden soll? — Die Auflösung dieser Räthsel darf ich mir wohl von Hrn. v. N. erbitten!

B.) Es ist aber auch seine Absicht gewesen, diese fremde Arbeit für die seinige auszugeben, denn

1) versteckt er den wahren Druckort meiner Dissertation unter den nicht leicht zu entziffernden Buchstaben M. C.

Man sehe hierüber nach: S. VII der Vorrede.

2.) er allegirt sie nicht anders, als zum Beleg allgemeiner Notizen.

Dies geschieht z. B. S. 4. 8. 33. ꝛc. Gerade an den entscheidendsten Stellen erwähnt er meiner gar nicht, oder nur beiläufig, eben, als wenn ich nur oberflächlich den Gegenstand berührt hätte. Zu solchen entscheidenden Stellen aber rechne ich vorzüglich: 1.) den 8ten und 9ten §. der Einleitung, wo die Frage untersucht wird, ob Prälegate bedingte Legate seyen? — Die ganze Ausführung gehört buchstäblich mir an, und dennoch sagt er nichts davon. 2.) Den zweiten und dritten Paragraphen des ersten Abschnitts, wo das eigentliche Verhältniß des von sich selbst haben, erörtert wird. Auch hier lediglich nach meinem 5ten und 6ten §. 3.) Vor allen den 13ten §. S. 60, wo nach Anleitung der sehr wichtigen l. 67. de legat. I. von der Vertheilung der Prälegate und deren Verschiedenheit, je nachdem auf den Erwerb oder auf die wirkliche Prästation der letzteren Rücksicht genommen wird, die Rede ist. Allenfalls auch 4.) den letzten §. S. 74, welcher von der actione familiae herciscundae handelt und ebenfalls aus dem, was ich darüber gesagt habe, lediglich geschöpft ist.

3.) Er stellt die von mir zuerst vorgeschlagenen Erklärungen der vorkommenden schwierigen Gesetze als eigne Erfindung auf, ja er geht hierin

4.) so weit, erst meine Ideen zu benutzen und alsdann eine einzelne Aeusserung von mir dergestalt auszuheben, daß man glauben sollte, ich sey noch weit hinter ihm zurückgeblieben.

Von beidem hier nur einen einzigen, aber vollkommen hinreichenden Beleg: ich habe oben den 7ten §. des 1ten Kapit. der Nettelbladtschen Abhandlung wörtlich extrahirt und mit dem 24ten §. der meinigen zusammengestellt. Offenbar ist die daselbst erklärte l. 91. ad l. Falc., wenn man sie unverstümmelt erhalten will, eins der schwierigsten Gesetze im ganzen corpore iuris, und ich gestehe, mehrere Stunden über die Möglichkeit einer nur nicht ganz verwerflichen Interpretation derselben nachgedacht und nurch durch langeUeberlegung jenes Auskunftsmittel ausgefunden zu haben. Ist es nun aber recht, wenn Hr. v. N. die von mir vorgeschlagene Erklärung buchstäblich abschreibt und demungeachtet in Ausdrücken, wie diese: „Je schwieriger nach allem Angeführten „das Gesetz ist, um so mehr Nachsicht kann ein „neuer Versuch, es zu erläutern, erwarten. „Meiner Ueberzeugung nach hebt sich, wenn „man hinter quod non setzt, alle Dunkelheit“, sich als deren erster Erfinder ankündigt. — Uebrigens muß ich bemerken, daß ich selbst gegenwärtig jene Erklärungsart nicht mehr für eine bescheidene Emendation, wie v. N. mir nach solche nennt, halten kann, da durch Einschiebung des kleinen aber sehr wichtigen Wörtchens non, gar

leicht

leicht die schwersten Gesetze verständlich gemacht werden könnten.

Sodann (als Beleg ad 4.) habe ich bey der Lehre von dem Recht der Substituten auf das vacant gewordene Prälegat ein Gesetz angeführt und erläutert, dessen Vereinigung mit andern gegentheilig disponirenden Stellen nicht minderer Schwierigkeit unterworfen schien. Was thut Nettelbladt? — Nach seiner gewöhnlichen Art bedient er sich der von mir vorgeschlagenen Auslegung und sagt nachher, ich habe dasselbe nicht erklären zu können versichert. Welche Unbescheidenheit! doch ich setze beide Stellen einander gegen über, und überlasse das weitere Urtheil dem unpartheiischen Leser:

Nettelbladtsche Abhandlung.	Meine Dissertation.
S. 69. §. 3. 4.	S. 55. §. 30.
Etwas widersprechendes scheint l. 75. §. 1. de legat. II. zu behaupten, indem es sagt, daß nur das vom Prälegat, welches die Miterben zu zahlen verbunden gewesen wären, den Erben zufalle, der andre Theil aber auf den Substituten komme. Ich gestehe, dies Gesetz läßt sich nicht wohl vereinbaren, aber eine solche einzelne gegen allgemeine gesetzliche Grundsätze sich erhebende Disposition kann nichts beweisen ꝛc.	Negare quidem nequeo, ab hisce omnibus quam maxime alienam esse dispositionem quam in dicta l. 75. reperies, immo confiteor me de apta illius cum aliis legibus conciliatione spem omnem abjecisse, praesertim, quum adeo clara sit, ut interpretationis auxilio indigere plane non videatur. Unde nihil aliud superest, quam ut ea posthabita inhaereamus potius cit. l. 32 non minus clare contrarium

Von dis-

Von dem angezogenen Gesetze läßt sich, um dem einzigen Zweifel zu begegnen, folgende wahrscheinliche Erläuterung geben: Nach älterem Römischem Recht war der Substitutus nicht verbunden, die Vermächtnisse des Instituirten zu zahlen und auf dies ältere Recht muß die gegenwärtige Disposition gezogen werden. Ulpian sagt im l. 61. § 1. de legat. II., daß erst Div. Severus dies geändert habe. L. 75. cit. ist aus den Responsen des Popinian (!) genommen und dieser Rechtsgelehrte lebte vor und einige Zeit unter jenes Kaisers Regierung, schrieb aber sein Gutachten oder wenigstens das, wovon das angezogene Gesetz redet, ehe Kaiser Severus jene Verordnung gab, entschied daher nach dem alten Recht. — Jetzt erklärt sich das Gesetz dahin; das Prälegat war ganz gültig und rechtsbeständig, auch erwarb der Prälegatar es nach des Testators Tode völlig, weil er aber nachher starb, und nun die substituirten Miterben auch den Theil, den er sonst von sich erhalten hätte, zahlen musten, sie aber hierzu nach den alten damals noch geltenden Rechten nicht verbunden waren, so konnten die Erben des Prälegatars auch nur dasjenige verlangen, wo-

disponenti, potissimum quia huius decisio generalibus quoque principiis optime conveniat.

Quum tamen sint, quibus qualiscunque explicatio, licet aliquantulum claudicans magis optata sit, quam indissolubilis contradictionis aperta confessio, his aliquam propono, quae quidem non omni veritatis specie destituta est. Iure Romano antiquiori principium invaluit, substitutum non teneri praestate legata, quae ab instituto relicta erant; de hoc iure antiquo, quod uti testatur Ulpianus, ex constitutione D. Severi tandem mutatum est, lex iamiam explicanda disponere videtur. Auctorem quidem habet Papinianum (e cuius responsis nempe deprompta est), sed cum hic demum eodem, quo et Severus tempore vixerit, non adeo a veritate abhorret, quod antequam rescriptum illud emanavit, sua responsa scripserit, adeoque ex iure antiquo casum istum deciderit. — His suppositis interpretatio legis nostrae facillima erit: Praelegatum valuit quidem in solidum atque per cessionem diei quoque integrum praelegatario fuit adquisitum, sed quia postea ille defecit, atque ita pars a se ipso

prae-

wozu die substituirten Miterben schon durch die Institution verpflichtet wurden.

praestanda nunc in coheredes substitutos transferebatur, hi ad eam solvendam obligati non sunt, atque heredes praelegatarii id tantum exigere ab iis poterunt, quo ex institutione erant onerati.

Ohne hierbey seiner Quelle weiter zu erwähnen fügt er sodann dieser Uebersetzung auf eine unter solchen Umständen gewiß nicht zu rechtfertigende Weise in der Not. 3 folgende Bemerkung bey: „Vielleicht ist es am Besten, mit Pfeiffer „offenherzig zu bekennen, das Gesetz sey gerade„zu widersprechend und unvereinbar".

Ueberdies giebt Nettelbladt hier abermals einen Beweis von demjenigen, was wohl noch am wenigsten Entschuldigung verdienen dürfte, von seinem Uebersetzen nehmlich, ohne das, was er übersetzt, verstanden, oder wenigstens hinlänglich durchschaut zu haben. Aus obigem Extract des 30ten §. meiner Dissertation erhellet deutlich, daß ich in die daselbst gegebene Erklärung der allegirten l. 75. nur sehr wenig Vertrauen setzte. Woher dies, wenn sie wirklich so annehmlich war, als der erste Anblick glauben läßt? warum nannte ich sie fehlerhaft, da sie den anscheinenden Widerspruch so befriedigend auflößt? und was endlich mochte der Grund seyn, daß ich eben diese Erklärung, welche doch als historische Entwickelung mehr Werth, als alle übrigen zu haben

scheint,

scheint, so wenig zuversichtlich vorgetragen, fast nur beiläufig hingeworfen habe? — Dies alles sind Fragen, deren Erwägung ich von einem jeden Beurtheiler meines Aufsatzes, am ersten aber von einem solchen erwartet hätte, der (glimpflich gesprochen) eine neue Bearbeitung desselben zur Absicht hatte. Hrn. v. N. kümmerte dies inzwischen nicht; er nennt zwar auch seine Auseinandersetzung ebenfalls nur eine wahrscheinliche Erläuterung, und sagt in der vorhin extrahirten Note 3., es sey vielleicht am besten, das Gesetz für unvereinbar zu erklären, ohne jedoch nur entfernt einen Grund hiervon anzudeuten. Ich konnte dies thun, er durfte es nicht, und berechtigt mich nunmehr wenigstens zu der Frage: warum er denn der so schön auseinandergesetzten Erläuterung ungeachtet, das Gesetz für widersprechend halte? — Nur die Beantwortung dieser Frage kann ihn von dem vorhinnigen Vorwurfe retten.

Endlich

5.) Ist er bey alle dem klug genug, einmal wenigstens meine Dissertation bestimmt als Quelle der von ihm gegebenen Gesetzerklärung zu allegiren. Ich glaube mit Recht sagen zu können: er ist klug genug dazu, denn so gewinnt es offenbar das Ansehn, als wenn dies wirklich das einzige Mal, wo er meiner Angabe gefolgt ist, alles übrige aber seine eigne Erfindung wäre.—

Der Beleg hierzu findet sich S. 52. §. 8.

II.

Beweise der Unachtsamkeit, womit die Nettelbladt'sche Abhandlung verfaßt ist.

Druckfehler sind, das gebe ich gern zu, in einer jeder Schrift, zumal wenn dieselbe an einem andern, als des Verfassers Aufenthalts Orte gedruckt wird, beinahe unvermeidlich, und das angehängte Verzeichniß der auch in diesem Buche enthaltnen beweißt, daß ich sogar zu meiner eignen Rechtfertigung jene Nothwendigkeit zugeben muß. Aber es dürfen denn doch dergleichen Druckfehler nicht so auffallend seyn, daß man versucht wird, sie nicht mehr für Druck- sondern für Schreib-Fehler zu halten, sonst — sieht es um den Glauben an des Verfassers Kenntnisse mißlich aus, oder es zeigt wenigstens derselbe einen solchen Mangel, der dem Publicum schuldigen Aufmerksamkeit, daß er schon hierdurch sich einer günstigen Aufnahme beinahe unwerth zu machen scheint.

So möchte es, um dieses allgemeine Urtheil auf die vorliegende Nettelbladtsche Schrift anzuwenden, allenfalls noch hingehen, daß in derselben *Brunnemann* bald Brunenian bald Brünnemann; *Averanius* bald Arcranius, bald Streranius e.); Hest statt *Hert*, und Popinian statt Papinian ꝛc. geschrieben wird, wiewohl auch diese Versehen eine besondere Anzeige verdient hätten. Wenn man aber ferner über den beiden Kapiteln, die doch entgegengesetzte Glieder einer allgemeinen Distinction vorstellen

sollen

e.) In der Note 1. S. 65. werden *Streranii* interprelar. citirt ! ! !

sollen ganz die nehmliche Ueberschrift findet, wenn ferner das im 14ten §. S. 63. extrahirte Gesetz durch die Versetzung der Wörter: erit und esto, und durch Auslassung der Haupt Entscheidung, worauf es hier vorzüglich ankommt, so undeutlich gemacht wird, daß man es ohne Nachschlagen der Quelle gar nicht versteht, so weis ich nicht, ob die Schonung und Nachsicht, worauf ein jeder angehende Schriftsteller wohl Anspruch machen kann, nicht hier wenigstens ihre Grenzen findet. Auch der gelindeste Beurtheiler muß darin einen Beweis von Gleichgültigkeit finden, welcher dem, der ihn gab, auf keinen Fall zur Ehre gereicht.

Noch tadelnswerther aber erscheint diese Nachlässigkeit dann, wenn darunter sogar ein Dritter ohne sein Verschulden leidet. Dies trifft im vorliegenden Falle namentlich bey mir ein. Nettelbladt extrahirt nehmlich S. 10. Not. 1. eine Stelle meiner Dissertation so unvorsichtig, daß in den wenigen Zeilen zwey Schreib- oder Druckfehler vorkommen, die beide von der Art sind, daß man ohne Vergleichung mit dem Original sie für Fehler von diesem zu halten veranlaßt wird. Vorerst steht da: *num* hoc ipso constituisse videtur, statt *nam* hoc ipso etc. wodurch offenbar ein Folge Satz zur Frage verdreht wird, und gegen das Ende: *hocce* praestatione, welches auf eine für mich nachtheilige Weise den Schein eines grammaticalischen Fehlers darbietet. — Doch genug hiervon.

III.

Erläuterung darüber, daß ich die Nettelbladtsche Schrift unzweckmäsig nannte.

Den Vorwurf der Unzweckmäsigkeit der mehrerwähnten Abhandlung gründe ich darauf, daß Nettelbladt, wie es scheint ohne Prüfung, alles mit übersetzt hat, was ich selbst als unrichtig längst verworfen habe.

Daß eine Schrift, die noch auf der Universität sogar während dem Besuchen einiger Collegien in einem Zeitraum von höchstens 2 Monaten verfaßt wurde, manches enthalten werde, was bei reiferem Nachdenken nicht mehr, wie vorher gebilligt werden könne, und daß ich selbst dieses unter solchen Umständen von der Meinigen eingestehe, wird gewiß Niemanden befremden. In dieser Hinsicht würde es mir daher sehr willkommen gewesen seyn, wenn sich jemand die Mühe gegeben hätte, bey einer detaillirten Beurtheilung auch die darin enthaltnen Irthümer zu prüfen und aus rechtsbeständigen Gründen zu widerlegen. Dies würde mir alsdann zu einer neuen Bearbeitung jenes Aufsatzes, wobey ich gern jede gegründete Erinnerung benutzt haben würde, Veranlassung gegeben haben. Wenn nun aber gleich eine solche öffentliche Beurtheilung nicht erfolgt ist, so haben mich die sehr gründlichen Privatbemerkungen eines Freundes dennoch in den Stand gesetzt, von den mancherley Unrichtigkeiten, welche dort mit untergelaufen sind, mich zu überzeugen.

Theils hierdurch, theils durch eignes weiteres Nachdenken bin ich denn in folgenden zwey Hauptpuncten, deren

ren entscheidender Einfluß auf die ganze Lehre von Prälegaten unverkennbar ist, auf eine gänzlich veränderte Ansicht gekommen.

Vorerst nehmlich halte ich die dem 6ten und 8ten §. meiner Dissertation zum Grunde liegende und von Nettelbladt im 1ten und 4ten §. des 1ten Abschnitts seiner Abhandlung mir nachgesprochene äusserst wichtige Behauptung, daß die besonderen Eigenheiten des Prälegats auf einem aus allgemeiner Rechts Analogie nicht erklärbaren Grunde beruhen; — gegenwärtig nicht mehr für richtig, sondern glaube vielmehr, die ganze Lehre von Prälegaten nach allen ihren Theilen auf solche Grundsätze bauen zu können, daß wenn auch der Prälegate an keiner Stelle des Römischen Gesetzbuchs namentlich Erwähnung geschähe, doch schon die von Legaten überhaupt geltenden Principien eine gleiche Entscheidung, als die von Prälegaten wirklich disponirenden Gesetze enthalten, nothwendig machen würden.

Sodann aber habe ich mich in der Folge überzeugt, daß bey Einrechnung der Prälegate in die Falcidische und Trebellianische Quart ganz die nehmlichen Grundsätze beobachtet werden müssen, und solchergestalt also der Gesichtspunct gänzlich verrückt wird, aus welchem die in meinem 24ten und 25ten §. erklärten Gesetze (S. 49—54. der Nettelbl. Uebersetzung) zu interpretiren sind. Wie dies, auch nach dieser veränderten Ansicht, befriedigend geschehen könne, gehört hieher nicht, daß aber die Auslegung jener Stellen dadurch eher erleichtert, als schwieriger gemacht wird, glaube ich zuversichtlich behaupten zu können.

Doch

Doch diese Beispiele werden vorläufig hinreichen, zu beweisen, daß Hr. v. N. etwas sehr überflüssiges und unzweckmäsiges unternommen habe, als er den sonderbaren Gedanken ausführte, meine Dissertation ohne Prüfung und ohne bedeutende Zusätze blos zu übersetzen; denn nicht einmal die größere Allgemeinheit ist dadurch befördert worden, weil der Schluß wohl nicht ungegründet seyn dürfte, daß wer im Studio der Jurisprudenz so weit gekommen ist, jene Abhandlung ganz zu verstehen, gewiß auch in der lateinischen Sprache so erfahren seyn werde, um jene mit gleicher Leichtigkeit iu dieser, wie in der teutschen Uebersetzung zu lesen. —

Andre mögen nun darüber urtheilen, ob dnrch die beigebrachten Belege die Ueberschrift dieses kleinen Aufsatzes gerechtfertigt erscheine oder nicht ! !

Druckfehler.

S. 44. Z. 26. ist zu lesen: *Fiduciarios.* — S. 71. Z. 11. die st. diese. — S. 74. Z. 27. *Respondeo.* — S. 80. Z. 6. auf st. an. — S. 82. Z. 13. Zulässigkeit. — S. 93. Z. 18. zu versagenden. — S. 94. Z. 29. zur Vergleichung. — S. 103. Z. 19. erfolgter. — S. 106. Z. 15. *enunciat vis.* — S. 107. Z. 3. anscheinende. — S. 112. Z. 2. nun. — S. 117. Z. 21. ein solcher. Z. 28. *maxime.* — S. 134. Z. 4. ist: nur, wegzustreichen. — S. 136. Z. 14. l. *condictionem.* — S. 137. Z. 18. Anstellung. Z. 24. Klage. — S. 138. Z. 16. vorherige. — S. 153. Z. 29. ist wegzustreichen: übernehmen müsse; hier. — S. 156. Z. 24. l. sich bewegen. — S. 217. Z. 30. Unbewiesenes. — S. 220. Z. 13. dessen. Z. 28. abgeleiter. — S. 233. Z. 29. anch. S. 234. Z. 10. ausser. — S. 274. Z. 16. 17. allein gestanden und unter einen gemeinschaftlichen Begriff hätten gebracht. — S. 319. Z. 17. wem. — S. 327. S. 7. denen. — S. 330. Z. 1. so st. hier. — S. 383. Z. 32. *esse exemtas*; ein Versehn, worauf hier nichts ankommt. —

Anzeige einiger neuen Schriften, welche in der R. Akadem. Buchhandlung in Marburg erschienen sind.

A B C-Buch für Stadt- und Landschulen, herausgegeben von Zeiß. 8. 1 gGr.

Achenbach, H A Materialien zu Aufsätzen aus dem Deutschen ins Lateinische, nach den in der Ordnung folgenden und jedesmal angeführten Regeln der latein. Sprachlehre, zum Gebrauch für die niedern u. mittlern Klassen. 8. 10 gGr.

Busch, Joh. Dav., Beschreibung zweier merkwürdiger menschlichen Missgeburten, nebst einigen andern Beobachtungen aus der practischen Entbindungskunst, mit 5 Kupf. gr. 4. 12 gGr.

Conradi, Dr J. W. C., Beytrag zur Erregungstheorie, 8. 9 gGr.

Cramer, D. Joh. Christ, Enumeratio plantarum, quae in systemate sexuali Lineano eas classes et ordines non obtinent, in quibus secundum numerum et structuram genitalium reperiri debent. 8maj. 1 Rthl. 12 gGr.

Creuzer, Georg Fr., Herodot und Thucydides Versuch einer nähern Würdigung einiger ihrer historischen Grundsätze mit Rücksicht auf Lucians Schrift, wie man Geschichte schreiben müsse. 8. 6 gGr.

Eßler, J. H., staatsrechtliche Abhandlung über die Bergwerke in Deutschland, besonders der jetzigen Entschädigungslande. 8.

Hauff, J. C. F., de nova methodo naturam ad leges phaenomenorum electricorum quae a galvano cognomen sortita sunt investigandi. Comment. Ia. 4 maj. 6 gGr.

Leyserii, D. A. Medidationes ad Pandectas Vol. XII. prs 2da edit. nova. 4. 1 Rthl 16 gGr.

Müller, D. B., über den Einfluß in die sogenannte Seelenkräfte und Moralität der menschlichen Handlungen nebst einigen Bemerkungen über Criminalfälle, ein Lesebuch für Criminalrichter, Rechtsgelehrte, Aerzte und Prediger. gr. 8. 1 Rthlr.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Pfeiffer, Burkard Wilhelm,

Vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Privatrechts

Marburg 1803

Jur.opp. 45 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571339-6